

ALESSANDRA ABRAHÃO COSTA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO
vs. DISCURSO DE ÓDIO:
UMA QUESTÃO DE (IN)TOLERÂNCIA**

PREFÁCIO DE
CARLOS VICTOR MUZZI FILHO



DIALÉTICA
EDITORA





CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia	Luiz Carlos de Souza Auricchio
André Luís Vieira Elói	Marcelo Campos Galuppo
Bruno de Almeida Oliveira	Marcos Vinício Chein Feres
Bruno Camilloto Arantes	Maria Walkiria de Faro C. G. Cabral
Bruno Valverde Chahaira	Marilene Gomes Durães
Cintia Borges Ferreira Leal	Rafael Alem Mello Ferreira
Flavia Siqueira Cambraia	Rafael Vieira Figueredo Sapucaia
Frederico Menezes Breyner	Rayane Araújo
Jean George Farias do Nascimento	Régis Willyan da Silva Andrade
José Carlos Trinca Zanetti	Renata Furtado de Barros
José Luiz Quadros de Magalhães	Robson Araújo
Leonardo Avelar Guimarães	Rogério Nery
Ligia Barroso Fabri	Vitor Amaral Medrado



ALESSANDRA ABRAHÃO COSTA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO
vs. DISCURSO DE ÓDIO:
UMA QUESTÃO DE (IN)TOLERÂNCIA**

**PREFÁCIO DE
CARLOS VICTOR MUZZI FILHO**



DIALÉTICA
EDITORA

Copyright © 2021 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2021 by Alessandra Abrahão Costa.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Capa: Lucio de Godoy
Diagramação: Thiago Gentil
Revisão: Responsabilidade do autor
Conversão para Epub: Cumbuca Studio
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C837l Costa, Alessandra Abrahão.
Liberdade de Expressão vs. Discurso de Ódio : uma questão de (in)tolerância / Alessandra Abrahão Costa. – Belo Horizonte : Editora Dialética, 2021.
E-book: 1 MB. ; EPUB.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-5877-981-0

1. Liberdade de Expressão. 2. Discurso de Ódio. 3. Intolerância. I. Costa, Alessandra Abrahão. II. Título.

CDD 323.4

CDU 342.727

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150

Para o Vô Benito (*in memoriam*), com todo meu amor e a dor
da saudade.

AGRADECIMENTOS

Faço uso do meu direito à liberdade de expressão para manifestar toda minha gratidão pelas pessoas sem as quais a caminhada não faz sentido e àquelas que, de alguma forma, marcaram minha trajetória.

Aos meus pais, Carlos e Astir, por abrirem mão de seus próprios sonhos para que eu pudesse realizar os meus. Obrigada! Vocês são meus suportes, em todos os sentidos, e me inspiram a ser uma pessoa melhor a cada dia.

À minha irmã, Andréa, pela amizade, união, apoio e companheirismo, por ser meu elo mais forte, e uma amiga pra toda vida.

Às minhas avós, São e Maria, por serem exemplo de generosidade, amor e afeto, por depositarem em mim um amor que transcende qualquer definição. Tenho sorte!

Ao meu avô, Benito, por ser meu norte, ainda que em outro plano. Nossa ligação ultrapassa as vias materiais. Prometo te encontrar em outras vidas!

À minha “mãedrinha”, Tinda, meu maior exemplo e minha inspiração, pelas palavras certas nos momentos certos e incertos.

Ao Milton, por me mostrar que sou mais forte do que penso, por ser meu maior incentivador e me fazer sorrir em meio ao caos.

Aos meus tios, tias e primos, por nossas ligações biológicas, ancestrais, legais e afetivas, constituindo o significado de família. Obrigada por toda

sustentação moral.

À Olivia, minha afilhada, por deixar viva a criança que em mim habita.

Ao meu mestre, Professor Doutor Carlos Victor Muzzi Filho, pela orientação e incentivos de leituras. Obrigada por compartilhar comigo o seu conhecimento, que tanto admiro. Foi gratificante aprender com o senhor.

Ao Professor Doutor Frederico Gabrich, por me ensinar a “ir além” das formas de conhecimento produzidas por vertentes essencialmente racionais e intelectuais, “ir além” do convencional e buscar a transdisciplinaridade.

Ao Professor Doutor Sérgio Zandona, por ser o mais entusiasta da pesquisa acadêmica e pelos apoios constantes. Obrigada também pela amizade construída ao longo desses anos, por toda parceria junto ao Núcleo de Pesquisa e por ser uma inspiração enquanto pessoa e profissional ímpar.

À Cláudia, peça-chave do Mestrado, pela dedicação e paciência com todos os mestrandos, mestres e docentes.

À Professora Silvana Lobo, minha orientadora durante a graduação, pela oportunidade de lidar com o magistério.

Ao grupo de pesquisa “Liberdade de expressão: seus limites e o direito à privacidade”, coordenado pelo Professor Dr. Carlos Victor Muzzi Filho, pelos debates enriquecedores e leituras instigantes.

Ao grupo de pesquisa “Análise Estratégica do Direito”, coordenado pelo Professor Dr. Frederico Gabrich, pela forma leve, descontraída e além do racional e cartesiano de aprender e ensinar o direito.

À Cláudia, por me ajudar a encontrar o equilíbrio entre a razão e a emoção.

Aos verdadeiros amigos, que entenderam a minha ausência em alguns momentos para que eu pudesse sonhar e realizar.

Por fim, a Deus, para que a gratidão nunca seja esquecida.

Um mundo sem literatura se transformaria num mundo sem desejos, sem ideais, sem desobediência, um mundo de autômatos privados daquilo que torna humano um ser humano: a capacidade de sair de si mesmo e de se transformar em outro, em outros, modelados pela argila dos nossos sonhos.

Mario Vargas Llosa

Aprendi a não tentar convencer ninguém. O trabalho de convencer é uma falta de respeito, é uma tentativa de colonização do outro.

José Saramago

SUMÁRIO

Capa

Folha de Rosto

Créditos

PREFÁCIO

1. INTRODUÇÃO

2. LIBERDADE: VALOR SUPREMO

2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO GÊNERO

2.1.1 Liberdade de expressão na trajetória
constitucional brasileira

2.2 LIBERDADE DE IMPRENSA E A INCOMPATIBILIDADE DA
LEI DE IMPRENSA COM OS PRECEITOS DEMOCRÁTICOS

2.3 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À LIVRE
EXPRESSÃO

3. O QUE É O DISCURSO DE ÓDIO OU O HATE SPEECH?

3.1 PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO E RACISMO

3.1.1 Preconceito

3.1.2 Discriminação

3.1.3 Racismo

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

4.1 A PROTEÇÃO AO DISCURSO DE ÓDIO NA VISÃO ESTADUNIDENSE

4.2 OS CASOS EMBLEMÁTICOS E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

5. O DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL

5.1 O CASO SIEGFRIED ELLWANGER E SEUS DESDOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS

5.1.1 A construção jurídico-constitucional do crime de racismo e o voto do Ministro Marco Aurélio

5.2 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

6. HÁ SOLUÇÃO PARA OS DISCURSOS DE ÓDIO?

6.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

6.3 A (IN)TOLERÂNCIA E A PRESERVAÇÃO DO ESPAÇO DEMOCRÁTICO

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

PREFÁCIO

Todo aquele que se propõe a cursar o mestrado ou o doutorado necessita de coragem, até porque, bem disse Riobaldo Tatarana, personagem imortal de “Grande Sertão: Veredas”, é coragem o que a vida quer de nós. Coragem para enveredar pela pesquisa científica, compreendendo e aceitando suas próprias deficiências, esforçando-se para superá-las e, então, ao final, construir obra que ao próprio pesquisador dê satisfação genuína. Mais coragem, ainda, precisa quem se propõe a versar temas polêmicos, candentes, que provocam paixões e acirradas discussões.

À Alessandra Abrahão Costa não faltou essa coragem!

Também por isso, para mim, é razão de orgulho e alegria escrever este prefácio. Alessandra muito honra a Universidade FUMEC, instituição na qual se graduou em Jornalismo (2012) e em Direito (2017), e ainda obteve o título de Mestre em Direito (2020), com este trabalho, *Liberdade de expressão versus discurso de ódio – Uma questão de (in)tolerância e de controvérsias jurídicas*.

Alessandra, no plano das qualidades pessoais, encanta pela gentileza, pela forma serena como expõe seus argumentos, reunindo o conhecimento jurídico e a *expertise* jornalística. Encantou a qualificada banca examinadora, composta pelos Professores Doutores Giuliano Fernandes (UNIFEM), Luciana Diniz Durães Pereira (FUMEC), Sérgio Henrique Zandona Freitas (FUMEC) e por

mim, transitando por temas difíceis com a clareza que é própria dos grandes jornalistas, sem diminuir a profundidade dos argumentos, como também é próprio dos grandes juristas.

O convívio, desde a graduação em Direito, até o Mestrado, foi sempre muito agradável e profícuo. A aluna atenta e interessada se transformou em pesquisadora essencial para os trabalhos desenvolvidos em grupo de pesquisa, *Liberdade de Expressão: seus limites e o direito à privacidade*, por mim coordenado, com a colaboração do Professor Sérgio Henriques Zandona Freitas, mas que teve em Alessandra Abrahão Costa um de seus pilares, pelo empenho, dedicação e seriedade.

Aliás, vem de Alessandra a proposta inicial de se discutir o tema Liberdade de Expressão, tema sempre atual e inesgotável, e que se mostrou especialmente apropriado em razão de nosso momento histórico.

No Brasil, em 2018, houve a ascensão, pela via eleitoral, de político de extrema-direita, cujo discurso radical despertou e desperta muitos temores. Não pouco analistas, especialmente os que se opõem ao presidente eleito, Jair Bolsonaro, viram a nossa democracia ameaçada, as nossas instituições em xeque. Outros, porém, entre os quais me incluo, viram na eleição de Jair Bolsonaro verdadeiro teste para nosso regime democrático, que deveria ser capaz de se mostrar suficientemente maduro para suportar governos extremistas, preservando, claro, suas estruturas democráticas. E, passados já dois anos do mandato de Jair Bolsonaro, ainda em minha visão, nossa democracia vem se saindo muito bem neste desafiador teste, preservando suas instituições, em meio ao polêmico mandato de Jair Bolsonaro, que enfrenta viva e ativa oposição, com a imprensa atuante e fiscalizadora, o Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal exercendo seus papéis no sistema de freios e contrapesos, tudo isso amplificado pelo conturbado cenário pandêmico de 2020.

Em meio a esse contexto intenso, a liberdade de expressão, pressuposto de

todo regime democrático, de igual modo se viu diante de catastróficas previsões, em razão da eleição de Bolsonaro. A ameaça do chamado “discurso de ódio” surgiu tensa e incrivelmente assustadora para muitos, mas, em minha visão, ela – liberdade de expressão – também vem resistindo bem aos testes a que é submetida, mostrando toda a pujança de nossa esfera pública. É inegável, por um lado, que os debates na esfera pública (e também na esfera privada, na qual os “grupos familiares de *WhatsApp*” costumam enfrentar cismas traumáticos) se tornaram mais intensos, mais radicais, mais polarizados, por vezes agressivos e ofensivos. Contudo, essa intensidade é fruto, justamente, da liberdade de expressão que, com seus defeitos e falhas, prevalece em nosso país, ganhando o foro das “redes sociais”, em que não faltam a ironia e o sarcasmo, a ofensa, o mau gosto, tanto contra, quanto a favor do Presidente Jair Bolsonaro, mas tudo sempre no campo do discurso, no campo do debate.

Estudar e compreender a liberdade de expressão, dessa maneira, mostra-se urgente e contemporâneo. E essa urgência e contemporaneidade evidenciam-se ainda mais quando a liberdade de expressão é estudada sob o ângulo do chamado “discurso de ódio”, talvez o limite mais polêmico, se limite for, para a liberdade de expressão. Eis, pois, a explicação para a coragem exigida de Alessandra Abrahão Costa, que enfrentou com muita competência o difícil tema, nessa época tão desafiadora.

A linha argumentativa, bem construída pela autora, expõe a trajetória da liberdade de expressão no modelo constitucional brasileiro, versando questões estruturais, notadamente os limites existentes na Constituição da República para a liberdade de expressão. Limites, sem dúvida, há, porque não se conhece direito fundamental que seja absoluto, mas a definição de tais limites, se já é difícil em relação aos direitos fundamentais em geral, torna-se ainda mais desafiadora em relação à liberdade de expressão.

Daí, portanto, a necessidade de também se definir o discurso de ódio, o *hate*

speech, fazendo indispensável ponderação desse discurso do ódio em confronto com o preconceito, a discriminação e o racismo. E esse debate, claro, ainda exige a boa compreensão sobre a dignidade da pessoa humana, que faz o contraponto a essas figuras agressivas do discurso do ódio, em especial.

Ao enfrentar esses temas, muito adequadamente, a autora busca inspiração no direito estadunidense, pois, sem dúvida, foi nos Estados Unidos da América (EUA) que o debate em torno da liberdade de imprensa mais floresceu e se encorpou, ao longo de mais de duzentos anos, não apenas de história, mas de aprofundados debates jurídicos. O papel da Suprema Corte dos EUA é ressaltado no trabalho, assim como o tratamento jurisprudencial dado ao discurso de ódio e seus limites.

Em seguida, parte Alessandra Abrahão Costa para estudar o tema à luz do Supremo Tribunal Federal (STF), discutindo, em especial, dois casos conhecidos e controversos, o chamado *Caso Sigfried Elwanger*, em que o discurso do ódio foi debatido também à luz do crime de racismo, e decisão mais recente, relativa à chamada *criminalização da homofobia*.

O trabalho, assim, atinge seu auge, quando ela discute a viabilidade, por assim dizer, de se regulamentar o discurso de ódio, com redução, obviamente da liberdade de expressão. E todo o arcabouço teórico e jurisprudencial colecionado pela autora permitiu a ela, então, assumir posição clara em defesa da liberdade de expressão, na linha mais expansiva do direito estadunidense, afirmando sua crença de que não se combate o discurso do ódio restringindo-se a liberdade de expressão. Restringir ou coarctar a liberdade da expressão, cogita Alessandra, embasada em muito boa doutrina, pode ser remédio pior do que a doença.

Obviamente, insisto, essa é postura extremamente corajosa, pois seria mais cômodo, mais fácil, e talvez mais covarde, sustentar que o discurso de ódio tenha que ser proibido, malgrado as enormes dificuldades em se definir, claramente, o que se qualifica como discurso de ódio. Desafiadora é a postura de quem, como

Rosa Luxemburgo, afirmava que “liberdade é sempre e exclusivamente liberdade para aquele que pensa diferente”, até porque, pontuou a Ministra Cármen Lúcia, “liberdade não é direito acabado. É peleja sem fim”¹. Alessandra Abrahão Costa ombreia-se às autoras citadas porque, insistindo, tem a coragem de propor que o discurso de ódio, antes de ser banido, deve ser acolhido no âmbito da liberdade de expressão, certa de que o enfrentamento desse discurso lhe enfraquecerá. Proibir o discurso de ódio será fomentar esse ódio, ao passo que permitir esse discurso resultará no reconhecimento de sua fraqueza, de sua insubsistência, do ridículo em que ele se encerra.

Não se trata, veja bem, de ingenuidade da autora. Longe disso, pois ela está bem ciente dos riscos, que são abordados ao longo do trabalho. Mas, em linhas bem gerais, se a democracia não for capaz de resistir a discursos que lhe são contrários, ingênua, em verdade, será a própria crença na democracia. De modo análogo, se a liberdade de expressão, sendo pressuposto e instrumento da democracia, não for também capaz de vencer o discurso de ódio, ingênua será, sim, a crença na liberdade de expressão. Aproveitando-me do chiste do Ministro Carlos Ayres de Britto, citado no trabalho que ora se publica, se a liberdade de expressão é a maior expressão de liberdade, temos de ter a coragem de afirmar e reafirmar essa liberdade, com o risco que toda liberdade traz consigo.

Já me faço prolixo, porém. Pior, me faço egoísta, porque privo o eventual leitor que tenha gastado seu tempo com este prefácio, a rigor desnecessário, por apenas atrasar o prazer de debater e aprender com a autora. Por isso, encerro logo esse prefácio, agradecendo à autora a imensa generosidade, não apenas em aceitar compartilhar comigo todas essas discussões, mas me honrar com essa permissão para manifestar meu apreço pela ex-aluna, hoje colega, que tão bem inicia sua carreira acadêmica!

Carlos Victor Muzzi Filho

Procurador do Estado de Minas Gerais. Professor da

-
- ¹ Ambas as citações compiladas em Antologia da maldade – Um dicionário de citações, associações ilícitas e ligações perigosas. FRANCO, Gustavo H. B.; GIAMBIAGI, Fabio. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 176.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é apaixonante. Ser livre para expressarmos o que sentimos e pensamos nos constitui enquanto seres humanos. Cria a nossa identidade e nos faz evoluir em nossas múltiplas dimensões. Minha relação com a liberdade de expressão foi desenvolvida desde a infância.

Nasci no interior de Minas Gerais, em Campo Belo. Fui uma criança extrovertida e desinibida, que cultivava o sonho de ser jornalista. Sonho realizado. Jornalista e Advogada, a ideia era escrever um livro, fruto da minha dissertação, que vinculasse minhas profissões.

Costumo dizer que ingressei no mestrado com um projeto de pesquisa padrão, que trataria da colisão de princípios fundamentais. No entanto, os acontecimentos do Brasil e do mundo, somados ao avanço das redes e mídias sociais, trouxeram ainda mais destaque ao meu tema, que aborda um dos polêmicos aspectos da liberdade de expressão.

Durante o mestrado, em uma das aulas do meu mestre, e autor do prefácio, Carlos Victor Muzzi Filho, me encantei pela forma como os Estados Unidos da América possuíam um debate consolidado sobre os limites da liberdade de expressão. É de se destacar o papel da Suprema Corte estadunidense com as interpretações centenárias da primeira Constituição escrita da história, datada de 1787. A partir daí, comecei a escrever sobre a Primeira Emenda dos EUA e a

liberdade de expressão nas constituições brasileiras.

Escrever sobre liberdade de expressão requer paciência. É um assunto inexaurível e perene. Tenho tanto apreço por esse assunto que, em um dos meus encontros com o Professor Muzzi, comentamos que caberia “o mundo inteiro” nas minhas pesquisas. Foi necessário escolher um caminho. E assim, nasceu a Liberdade de expressão *versus* Discurso de Ódio: uma questão de (in)tolerância e de controvérsias jurídicas, título que deu origem a esta obra.

Dois mil e vinte foi marcado por acalorados debates acerca dos limites à liberdade de expressão. O direito de se expressar livremente esteve, e ainda está sob os holofotes das mídias e redes sociais. O motivo? Manifestações populares pedindo a volta do Ato Institucional nº5; passeatas solicitando intervenção militar e o fechamento do Congresso Nacional; divulgação de notícias consideradas falsas; projetos de lei tramitando no Congresso Nacional com intuito de criminalizar as chamadas *fake news*; inquérito aberto de ofício pelo Supremo Tribunal Federal² para investigar ameaças contra ministros da Suprema Corte, dentre outras razões.

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está em pauta a discussão sobre os limites da liberdade de expressão e os direitos de personalidade, tais como: direito à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada, à privacidade, igualmente assegurados constitucionalmente. A CR/1988 procurou conciliar todos esses direitos com intuito de garantir a manutenção do Estado Democrático Direito.

A discussão se torna mais fervorosa quando a liberdade se contrapõe a outros valores como: igualdade e dignidade da pessoa humana. Nesta seara, incluíram-se os discursos de ódio.

Diante disso, questiona se o discurso de ódio deveria ser considerado um limitador do direito à liberdade de expressão, com intuito de evitar o efeito silenciador sobre os grupos ou pessoas vítimas desse discurso. Seria necessária

uma lei limitando o exercício da liberdade de expressão e criminalizando os discursos odiosos?

Ainda que a conceituação de liberdade seja divergente nos livros e na filosofia, não é possível pensar em Estado Democrático de Direito sem liberdades individuais. É por meio da liberdade que o ser humano desenvolve o conhecimento sobre si, compreende as relações sociais e se torna protagonista da própria história.

Há um paradoxo: para que a liberdade exista é preciso que ela seja limitada. A liberdade de um não deve interferir no agir do outro. A questão é sobre quais seriam essas limitações.

Com a CR/1988 os magistrados puderam se valer da independência para julgar casos envolvendo o conflito entre normas fundamentais, vez que não existem normas superiores a outras dentro do mesmo texto constitucional, e que direito algum é absoluto. Contudo, o que se vê é uma flagrante desarmonia nas decisões do Supremo Tribunal Federal, envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos também protegidos pela Constituição.

O debate sobre a liberdade de expressão e o discurso de ódio no Brasil é ainda incipiente. O ponto de partida foi o julgamento do chamado “Caso Ellwanger”, o *Habeas Corpus* 82.424, em março de 2004, pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse julgamento, foi construída a definição jurídico-constitucional do termo racismo, conjugando-se fatores históricos, políticos, sociais e culturais. Na ocasião, o escritor Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime de racismo, por ter vendido, publicado e distribuído material com conteúdo antissemita, sendo o direito à liberdade de expressão afastado no caso concreto (BRASIL, 2004).

Essa mesma Suprema Corte, em 2011, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, considerou lícitas as manifestações que reivindicavam a liberação da maconha, na conhecida “Marcha

da Maconha”. O voto do Ministro Celso de Mello foi seguido de forma integral pelos outros ministros, que considerou que o evento era nitidamente cultural e enalteceu a liberdade de expressão e de reunião (BRASIL, 2011).

Já os Estados Unidos parecem seguir na contramão dos demais países. Possuem debate secular a respeito dos limites à livre expressão e o respeito à Primeira Emenda constitucional. No que tange aos discursos odiosos, ou melhor, o *hate speech*, a liberdade de expressão é considerada *prima facie*, devendo ser protegida de maneira prioritária, ainda que as ideias manifestadas sejam detestáveis, odiosas e contrárias aos ideais de igualdade.

Por essa razão, procurei comprovar a formação jurisprudencial estadunidense sobre a liberdade de expressão com intuito de traçar um diálogo com a ainda embrionária jurisprudência brasileira sobre o mesmo assunto. A limitação excessiva do direito à liberdade de expressão, e à livre manifestação do pensamento macula o direito geral de liberdade, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e fundamento do Estado Democrático de Direito.

A obra não pretende solucionar os discursos de ódio. As ideias odiosas precisam ser combatidas e, quiçá, eliminadas. Más ideias se combatem com mais ideias. A flagrante dissonância e oscilação das decisões do Supremo Tribunal Federal, frente ao consolidado parâmetro estadunidense, permite uma análise crítica da questão da existência dos discursos de ódio e da livre manifestação do pensamento. Logo, denota-se a importância de compreender a ótica da técnica da proporcionalidade, mediante a análise das peculiaridades do caso concreto e como forma de garantir o Estado Democrático de Direito.

O livro é estruturado em seis capítulos e finalizado com as últimas considerações. Após a introdução do contexto temático e principais aspectos gerais, ratifiquei a liberdade como valor supremo do Estado Democrático de Direito. Para tanto, foram utilizadas as definições de liberdade do filósofo

italiano, Norberto Bobbio. Em seguida, o termo liberdade de expressão foi adotado enquanto gênero das outras espécies de liberdades, asseguradas pela CR/1988 e delineando os limites constitucionais do direito à liberdade de expressão.

Posteriormente, depois de evidenciar a trajetória constitucional da liberdade de expressão e demonstrar as peculiaridades das liberdades específicas extraídas do direito à livre expressão, conceituei o que é discurso de ódio. Para isso, fiz uso da terminologia definida por Winfried Brugger, que foi professor de direito público e filosofia do direito na Universidade de Heidelberg, na Alemanha. Nesse tópico, também analisei as diferenças entre preconceito, discriminação e racismo, além da definição de dignidade da pessoa humana.

No capítulo quatro, abordei a jurisprudência estadunidense, em relação à forte proteção conferida à liberdade de expressão, em detrimento de outros valores democráticos, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Provavelmente, é o país que mais valoriza a liberdade de expressão. Busquei definir quais são os parâmetros constitucionais definidos pela Suprema Corte, por meio da análise de casos julgados envolvendo o conflito de normas entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, e assim, asseguram a premissa de que todas as ideias, boas ou ruins, devem ser capazes de competir no mercado de ideias.

No tópico cinco, evidenciei a dificuldade do Supremo Tribunal Federal em estabelecer um parâmetro que delimite os limites do direito à liberdade de expressão. O julgamento do conhecido “Caso Ellwanger” foi o ponto de partida do polêmico debate acerca da liberdade de expressão e da proibição, ou não, dos discursos odiosos. Nesse julgamento, também foi definida a construção jurídico-constitucional do crime de racismo, previsto tanto na Constituição da República como também na legislação infralegal. De mais a mais, analisei a recente decisão do STF de criminalizar a homofobia, declarando a omissão parcial do Congresso

Nacional de se fazer uma lei que afirme e dê eficácia aos direitos constitucionalmente assegurados para essa minoria marginalizada.

Por fim, questioneei se há solução para os discursos odiosos. Busquei solucionar o conflito entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, sem que para isso seja necessário nova legislação proibindo determinados tipos de manifestações. Destaquei a aplicação da Técnica da Ponderação, bem como descrevi a polêmica milenar acerca dos aspectos da (in)tolerância e da promoção do espaço democrático.

A obra foi desenvolvida a partir de pesquisas nacionais e estrangeiras, com intuito de elaborar um direito comparado que pudesse influenciar, ou não, o desenvolvimento da discussão acerca dos limites do direito à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento no Brasil.

Sei dos riscos de adentrar nesse assunto tão espinhoso. Não faço uma defesa do discurso de ódio. Ao contrário, acredito que a democracia seja capaz de combater as opiniões detestáveis com mais diálogo. Faço um convite a você, leitor (a), para debater comigo que más ideias não são derrotadas pelo silêncio, ou afastamento.

² Inquérito (INQ) 4781, conhecido como Inquérito das *Fake News*, conduzido pelo Ministro Alexandre de Moraes para apurar notificações falsas, denúncias caluniosas, ofensas e ameaças aos familiares e ministros do Supremo Tribunal Federal. O inquérito teve a sua constitucionalidade questionada pelo Partido Rede Sustentabilidade, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572, cujo julgamento ocorreu no momento em que se escrevia este livro. Por dez votos a um, foi declarada a legalidade e a constitucionalidade do INQ 4781, vencido o Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acesso em: 23 jun. 2020.

2. LIBERDADE: VALOR SUPREMO

A liberdade tem dois significados distintos. O primeiro deles refere-se à liberdade positiva, também denominada de liberdade política ou liberdade de querer. Segundo Norberto Bobbio (1997, p. 51), é a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade também é chamada de autodeterminação, ou também de autonomia.

Na linguagem política, a liberdade negativa é chamada de liberdade de agir, ou ainda de liberdade civil. É a ausência de interferência estatal. É o fazer (ou não fazer) o que a lei, entendida em sentido amplo, permite ou proíbe. É a “liberdade como ausência de impedimento ou de constrangimento: se, por impedir, entende-se não permitir que os outros façam algo e, se, por constranger, entende-se que outros sejam obrigados a fazer algo” (BOBBIO, 1997, p. 49).

Corroboram com a conceituação de Norberto Bobbio as lições de José Afonso da Silva. Segundo Silva (2014, p. 234), algumas teorias conceituam liberdade como resistência à opressão. É esse o sentido negativo, que nega, se opõe, à autoridade. Enquanto o sentido positivo, igualmente sob o aspecto da autoridade, ser livre significa participar do poder. Liberdade, portanto, não significa ausência de coação, e, sim, inexistência de coação anormal, ilegítima e imoral. “Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal,

moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe” (SILVA, 2014, p. 234).

No Brasil, a liberdade é um valor constitucional. Pode ser identificada no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/1988), considerada como valor estruturante do Estado Democrático de Direito:

Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, **a liberdade**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988).

Além de prevista no preâmbulo da Constituição de 1988, a liberdade está consagrada em dispositivos do artigo 5º, que são considerados direitos às liberdades específicas, com objetivo de atribuir forma, sentido e eficácia. Como exemplo: a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CR/1988) e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e comunicação (art. 5º, IX, CR/1988). Nesse sentido, Frederico de Andrade Gabrich:

Nesse sentido, convém observar que, na Constituição brasileira, do princípio fundamental e genérico de liberdade decorrem inúmeros outros princípios fundamentais e gerais vinculados ao valor supremo da liberdade, tais como: o princípio da liberdade de expressão, de crença religiosa, de locomoção, de associação, de trabalho, de informação, etc (GABRICH, 2010, p. 73).

Assim como o direito à igualdade, o direito à liberdade encontra menção expressa na *Magna Carta Libertatum*, emanada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, ao garantir o *Habeas Corpus* (HC). José Afonso da Silva (2014, p. 154) explica que o instrumento institucional inglês foi um dos primeiros que limitava o poder estatal e consagrava direitos fundamentais, sendo considerado símbolo das liberdades públicas.

No decorrer da história, o ser humano se liberta ao passo que adquire conhecimento e domínio das leis da natureza, se tornando cada vez mais livre e,

assim solucionando os problemas e desvendando as necessidades sociais. Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva:

A liberdade tem um caráter histórico, porque depende do poder homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico. Realmente, a história mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se à medida que a liberdade humana se alarga. Liberdade é conquista constante (SILVA, 2014, p. 234).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) assegurou a liberdade de forma mais ampla, nos moldes dos textos do constitucionalismo moderno (NOVELINO, 2018, p. 54). A liberdade de expressão surge como forma de defesa contra a censura e o autoritarismo estatal.

Na França, a primeira Constituição foi aprovada em três de setembro de 1791 e consolidou os direitos proclamados na Revolução Francesa (1789 - 1799). Além de prever a repartição dos poderes, a Constituição francesa reconheceu quatro espécies de liberdade, quais sejam: liberdade de circulação e expressão, liberdade de imprensa e de culto, liberdade de reunião e o direito de petição (PEIXINHO, 2012).

A liberdade pode ser definida em quatro dimensões.

A primeira dimensão é a liberdade moral. “Neste particular a liberdade é subjetiva, intrínseca à pessoa humana e responsável pela autodeterminação da vontade, do modo de viver e de sentir, sendo estabelecida no ser humano por meio da razão” (GABRICH, 2010, p. 71).

A segunda dimensão é a política. Implica respeito dos cidadãos e do próprio Estado às diferenças culturais, raciais, religiosas, ideológicas e de todas as pessoas que convivem em uma mesma sociedade.

A terceira é a dimensão jurídica. Por ela, o ser humano deve ser capaz de autodeterminar, com o uso da razão livre e consciente, as normas jurídicas que irão reger todas as suas relações sociais, em um Estado Democrático de Direito (GABRICH, 2010, p. 71).

Por último, a quarta dimensão da liberdade é a económica, vinculada ao liberalismo económico e à livre concorrência.

José Afonso da Silva (2014, p. 235) reconhece a liberdade humana como um poder de atuação do homem em busca da felicidade, e propõe o seguinte conceito: “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

Não restam dúvidas quanto ao carácter de direito fundamental da liberdade. Um valor caro e precioso ao ser humano. Apresenta, portanto, características de historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e são irrenunciáveis, pelo menos em regra.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todos (BOBBIO, 1992, p. 9).

É notória a preocupação do constituinte originário em garantir os direitos e garantias dos cidadãos, por vezes negligenciados pelo Estado, com o intuito de formar uma sociedade livre de arbitrariedades. A liberdade se expande no regime democrático. A liberdade é conquistada enquanto o a democracia avança e o ser humano se liberta dos obstáculos que outrora o constrangiam (SILVA, 2014, p. 236).

A partir da leitura do *caput*, do artigo 5º, da Constituição da República, é possível afirmar que existe, no Brasil, um direito geral de liberdade. Juntamente com o direito à vida, à igualdade, à propriedade e à segurança, o direito fundamental à liberdade assume particular relevância no sistema constitucional (SARLET, 2014, p. 444/445). Dessa maneira, ilustra Ingo Sarlet:

Assim, verifica-se que o destaque outorgado à liberdade e aos demais direitos tidos como “invioláveis” no art. 5º, *caput*, da CF traduz uma aproximação evidente com o espírito que orientou, já no seu nascedouro, as primeiras declarações de direitos, bem como reproduz o catálogo de direitos da pessoa humana difundidos pela literatura política e filosófica de matiz liberal. A Constituição Federal é, portanto, também e em primeira linha, uma constituição da

liberdade (SARLET, 2014, p. 444).

Ser livre é essencial ao ser humano. Sob o aspecto do direito constitucional brasileiro, o constituinte consagrou extenso rol de liberdades, no artigo 5º da Constituição da República Federativa. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 450), afirmar a existência de um direito geral de liberdade não esvazia o conjunto de liberdades específicas que, por sua vez, representam direitos fundamentais autônomos e protegidos constitucionalmente.

No ordenamento jurídico brasileiro, não estão consagrados apenas direitos referentes às liberdades em espécie. Ao contrário, as liberdades específicas trazidas pela norma constitucional são reforçadas pelo direito geral de liberdade. Inclusive, a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, tem na liberdade, assim como na igualdade, um dos seus elementos centrais.

A liberdade é uma conquista constante, como afirmou José Afonso da Silva (2014, p. 234). Consiste num processo dinâmico de liberação do indivíduo para que forme sua personalidade, se livrando dos obstáculos naturais, sociais e políticos. É dever do Estado promover esse livramento (SILVA, 2014, p. 236). Essa é uma ligação entre a autoridade e a liberdade. A quebra dos obstáculos e o direito de resistir à opressão.

É por meio da liberdade que o indivíduo adquire o conhecimento social, cultural e político. É o libertar das amarras do poderio estatal para formar suas próprias convicções e opiniões. O debate público se torna plural e as liberdades são ampliadas. A liberdade permite a fiscalização dos poderes governamentais e da aplicação das leis.

Joaquim José Canotilho reconhece que ainda é obscuro na doutrina um conceito uniforme de liberdade. Dessa maneira, propõe a liberdade no sentido de direito de liberdade pessoal, que “significa direito à liberdade física, ou seja, o direito de não ser detido ou aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente

condicionado a um espaço, ou impedido de se movimentar” (CANOTILHO, 2015, p. 1259). E os direitos de defesa, onde estariam inclusas as liberdades de expressão, de informação, de consciência, religiosa. Esses direitos de defesa caracterizam o que Canotilho denomina como “alternativa de comportamento”, ou seja, escolher, ou não, ter e manifestar uma opinião (CANOTILHO, 2015, p. 1260).

A liberdade está ligada não só ao conceito de autoridade, como também com o fundamento da dignidade da pessoa humana, com o valor de igualdade e com o conceito de tolerância. Isso fica evidente na famosa frase atribuída a Voltaire: “Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo” (HALL, 1906, p. 199)³.

É mais fácil ser tolerante com as ideias que legitimam os nossos próprios princípios e valores. O grande desafio é ser tolerante com as opiniões divergentes. Uma sociedade plural é feita de diferenças e de diferentes, com respeito à individualidade.

2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO GÊNERO

A ausência de terminologia dialética e metodológica na Constituição, que mencione tanto a liberdade de manifestação do pensamento, quanto à liberdade de expressão, de maneira uniforme, expressa e explícita, não impede que seja feita uma abordagem conjunta e em bloco. Por isso, foi adotado o termo “liberdade de expressão”, enquanto gênero, do qual a liberdade de manifestação do pensamento, tratada no art. 5º, IV, da CR/1988, seja espécie, assim como as demais liberdades extraídas da CR/1988.

A liberdade de expressão é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, preceituando a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade aberta. Com a promulgação da Constituição da República, em 05 de

outubro de 1988, foi reacendida a esperança democrática e a formação de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 1988).

No âmbito da CR/1988, a liberdade de expressão possui relevância amplamente reconhecida e consagrada, sendo objeto de detalhada positivação. É definida como direito fundamental e cláusula pétrea, ou seja, insuscetível de alteração por Emenda Constitucional.

Dispõe Ingo Sarlet:

Com efeito, apenas para ilustrar tal assertiva mediante a indicação dos principais dispositivos constitucionais sobre o tema, já no art. 5º, IV, foi solenemente enunciado que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Tal dispositivo, que, é possível arriscar, faz as vezes, no caso brasileiro, de uma espécie de cláusula geral, foi complementado e guarda relação direta com uma série de outros dispositivos da Constituição, os quais no seu conjunto, formam o arcabouço jurídico-constitucional que reconhece e protege a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações (SARLET, 2014, p. 454).

O direito constitucional à liberdade de expressão é amplamente discutido, seja nos espaços acadêmicos, na grande mídia, nas redes sociais, ou nas rodas de amigos. A liberdade de expressão deriva da proteção à liberdade, que está assegurada pelo texto constitucional de diversas formas, como expõe, de forma didática e sintética, Samantha Meyer-Pflug:

Nos incisos do art. 5º fica assegurada a liberdade de pensamento (IV), a liberdade de consciência e de crença (VI), a liberdade de expressão (IX), a liberdade de profissão (XIII), o direito à informação (XIV), a liberdade de locomoção (XV), a liberdade de reunião (XVI) e a liberdade de associação (XVII). No rol dos direitos sociais fica estabelecido no art. 8º, *caput*, a liberdade de associação profissional ou sindical e art. 17, *caput*, a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos. No Título VII, que trata da ordem econômica e financeira, é garantida, no art. 170, *caput*, IV e parágrafo único, a liberdade de iniciativa e a livre concorrência (MEYER-PFLUG, 2009, p. 33).

A palavra “liberdade” aparece 19 vezes na CR/1988. Do mesmo modo, a palavra “livre” está presente em 30 dispositivos constitucionais. Além das liberdades demonstradas na citação acima, a Constituição, ao dispor sobre a ordem social, no Título VIII, assegura que o ensino será ministrado com base no

princípio da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (art. 206, IV, CR/1988) (BRASIL, 1988).

No Capítulo V, sobre a comunicação social, no art. 220, está garantido que nenhuma lei deve constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Sendo também vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Por fim, no art. 227, está disposto o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, dentre outros direitos, o direito à liberdade (BRASIL, 1988).

Ao abordar o discurso de ódio, ao mesmo tempo, analisa-se uma das dimensões ao direito à liberdade: a liberdade de expressão. Como a CR/1988 assegura a livre manifestação do pensamento no inciso IV, e somente no inciso IX, a liberdade de expressão, causa a impressão de que se trata de direitos diversos. Todavia, essa é uma impressão errônea, ainda que cada uma delas possua peculiaridades, “seja no que diz respeito ao âmbito de proteção, seja no concernente aos limites e restrições” (SARLET, 2014, p. 455).

Samantha Meyer-Pflug, autora da obra “Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio”, explica que a liberdade de expressão pode ser vista como a manifestação de sensações e sentimentos, expressos no teatro, cinema, música e artes, mas também engloba “a manifestação de opiniões, ideias e convicções, posto que o inc. IX do art. 5º da Constituição faz referência explícita à expressão da atividade intelectual” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 34).

Ingo Sarlet (2014, p. 455), similarmente, adota o termo liberdade de expressão como genérico, que abrange tanto a manifestação do pensamento quanto as demais dimensões da liberdade. São partes interligadas, integradas, mas com peculiaridades. Veja:

Para uma compreensão geral das liberdades em espécie que podem ser reconduzidas à liberdade de expressão (gênero), e considerando as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, é possível apresentar o seguinte esquema: (a) liberdade de manifestação do

pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (“liberdade de imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa (SARLET, 2014, p. 456).

A liberdade de expressão é uma forma de defesa contra a censura e o autoritarismo estatal. É um dos direitos fundamentais mais preciosos e, assim como a liberdade de manifestação do pensamento, integra os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno (SARLET, 2014, p. 456).

Originariamente, o direito à livre expressão está previsto no *Bill of Rights* inglês (1689), mas foi consagrado de forma mais ampla da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que resultou na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, nos moldes do constitucionalismo moderno (NOVELINO, 2018, p. 387).

Além da ampla proteção constitucional no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, a liberdade de expressão é considerada cláusula pétrea. É uma garantia que não pode ser suprimida pelo Estado. O núcleo essencial não pode ser violado a pretexto de uma possível regulação. Para que sejam legítimas, as regulamentações ao direito de se expressar livremente devem estar previstas no texto constitucional (MEYER-PFLUG, 2009, p. 66/67).

A liberdade de expressão possui diversas manifestações. É a opção do indivíduo de exprimir suas ideias e convicções, como também a faculdade de escolher não se informar:

A liberdade de expressão, nas suas diversas manifestações, engloba tanto o direito (faculdade) de a pessoa se exprimir quanto o de não se expressar ou mesmo de não se informar. Assim, em primeira linha, a liberdade de expressão assume a condição precípua de direito de defesa (direito negativo), operando como direito da pessoa de não se impedida de exprimir e/ou divulgar suas ideias e opiniões, sem prejuízo, todavia, de uma correlata dimensão positiva, visto que a liberdade de expressão implica um direito de acesso aos livres meios de comunicação, muito embora tal componente também tenha adquirido uma crescente relevância em vários momentos (SARLET, 2014, p. 459).

A livre expressão do pensamento é dirigida, especialmente, ao Estado, como

forma de impedir sanções que censurem discursos não aprovados pelo governo. Essa visão vai ao encontro da perspectiva estadunidense, onde a liberdade de expressão recebe forte proteção constitucional, incluindo o amparo ao tipo de discurso que a maior parte dos outros países proíbe (SEDLER, 2016, p. 88).

A posição de neutralidade do Estado é um dos aspectos da liberdade de expressão. O Estado não deve levar em conta o teor da opinião manifestada, deve ser neutro em relação ao seu conteúdo para que o pensamento seja manifestado livremente. Outro aspecto é caracterizado pela exigência de que a ideia ou a opinião seja respeitada e tolerada pela sociedade, e que o sujeito não sofra nenhuma retaliação em virtude de sua emissão (MEYER-PFLUG, 2009, p. 71).

Para Canotilho, decorre da liberdade de expressão o direito de oposição democrática, que se relaciona com o direito à informação dos principais assuntos de interesse público, com o direito de fiscalização, e expressão da oposição política, de protestar, de modo proporcional, contra graves injustiças (CANOTILHO, 2015, p. 327/328).

Em síntese, a liberdade de expressão é o direito do indivíduo de pensar e manifestar as ideias que lhe agradar sem sofrer qualquer restrição estatal. É o direito de adotar, ou não, uma ideia, de exteriorizar, ou não, os pensamentos. O pensamento quando permanece apenas no âmbito interno do ser humano não tem efeitos jurídicos relevantes.

O ser humano deve ser livre para explicar, por qualquer modo, o que se pensa sobre qualquer assunto, seja religião, política, ciência, arte, esportes, ou qualquer outro. É a exteriorização do pensar, em seu sentido mais abrangente. Quando o pensar se limita ao seu sentido interno, não produz maiores consequências ao mundo dos fatos. É possível identificar, assim, um direito à perversão, pelo qual, “as pessoas, pelo menos em pensamento, podem ser más, perversas, ou seja, tem liberdade para arquitetar mentalmente diversos ilícitos penais, sem que haja qualquer tipo de sanção penal” (MASSON, 2018, p. 349).

Complementa José Afonso da Silva:

É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior. Pimenta Bueno já dizia que a “liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é do domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus” (SILVA, 2014, p. 243).

Por serem considerados princípios⁴, a liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão podem colidir com outros direitos fundamentais de terceiros, tais como a honra, a imagem, direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, CR/1988). Motivo pelo qual é preciso identificar quem emitiu o juízo, a fim de que seja viabilizada eventual responsabilização nos casos de manifestação abusiva (NOVELINO, 2018, p. 388).

Sobre o tema, um dos mais importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal é o chamado Caso Ellwanger. No julgamento do *Habeas Corpus* 82.424 prevaleceu o entendimento de que o preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao ódio, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra (BRASIL, 2004)⁵.

No Caso Ellwanger, o debate acerca dos limites à liberdade de expressão não era o principal tema. No entanto, merece destaque, não só pela necessidade de se discutir sobre esse polêmico aspecto da liberdade de expressão, numa democracia ainda em ascensão, como também em razão do teor dos votos dos onze ministros. “Praticamente todos os votos colhidos ressaltaram que o caso envolveria a necessidade de uma ponderação de interesses entre, de um lado, a liberdade de expressão do paciente e, do outro, o direito à igualdade e à dignidade do povo judeu” (SARMENTO, 2006, p. 102).

A discussão sobre o Caso Ellwanger foi gênese do debate sobre o discurso de ódio no Brasil, que será abordado em capítulo específico. Mas, apenas para introduzir o leitor ao assunto, destacam-se as explicações de Vitor Medrado:

Nascido em 30 de setembro de 1928, na cidade de Candelária, no Rio Grande do Sul, Siegfried Ellwanger Castanho foi um industrial e escritor brasileiro. Descendente de alemães, ganhou notoriedade pelas suas teses revisionistas sobre a Segunda Guerra Mundial, tendo publicado vários livros sobre o holocausto judeu. Porém, em 12 de novembro de 1991, o Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra Ellwanger por racismo. Em 1995, Ellwanger foi absolvido no primeiro grau de jurisdição. Entretanto, a partir de nova denúncia, foi condenado a dois anos de reclusão pela unanimidade dos desembargadores da 3ª Câmara Criminal do TJRS. Em 1998, Ellwanger então impetrou um habeas corpus perante o STF, no qual argumentou que, em sendo os judeus uma etnia, e não uma raça, o seu antissemitismo não poderia ser considerado racismo (MEDRADO, 2018, p. 130).

Na esfera das liberdades fundamentais, a proteção à liberdade de expressão deve ser interpretada de forma extensa, para além do conteúdo. Os meios de expressão também devem ser protegidos. Inclusive, o conceito deve ser compreendido de modo exemplificativo, para que se incluam novas modalidades de comunicação à medida que as tecnologias sejam criadas (SARLET, 2014, p. 457).

Tanto a liberdade de expressão, quanto a liberdade de manifestação do pensamento, encontra na dignidade da pessoa humana um dos seus principais fundamentos e objetivos, estando ligada à formação do desenvolvimento da personalidade e autonomia do indivíduo (SARLET, 2014, p. 456). De mais a mais, a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento também guardam relação com as condições de garantia da democracia:

Ela também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado de ideias, assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão transindividual, já que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social (SARLET, 2014, p. 456).

A manifestação de opiniões, ideias, convicções, pontos de vista, críticas, apontamento, dentre outras, estão abarcadas pela liberdade de expressão, pelo menos, em um primeiro momento. “Embora mais democracia possa muitas vezes significar mais liberdade de expressão e vice-versa, também é correto que a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e esta para a liberdade de expressão” (SARLET, 2014, p. 457).

A liberdade de expressão abrange um conjunto de situações para que cumpra sua função numa ordem democrática e plural (SARLET, 2014, p. 457). Dela derivam os direitos à liberdade de opinião; liberdade de comunicação; liberdade de informação; liberdade religiosa; liberdade de expressão intelectual e artística; liberdade de expressão científica; liberdade de manifestação do pensamento; liberdade de transmissão e recepção de conhecimento.

De forma precisa, a liberdade de expressão consiste “na liberdade de exprimir opiniões, portanto, juízos de valor a respeito de fatos, ideias, portanto, juízos de valor sobre a opinião de terceiros” (SARLET, 2014, p. 257).

Assim, o ponto de partida da liberdade de expressão é a liberdade de opinião. “Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro” (SILVA, 2014, p. 243).

Ingo Sarlet (2014, p. 457) elucida que a liberdade de opinião é o alicerce de todas as modalidades da liberdade de expressão, e que, pela linguagem da Constituição, o conceito de opinião foi equiparado ao de pensamento. Daí, a definição de opinião deve ser entendida em sentido amplo, incluindo as manifestações a respeito de fatos e juízos de valor.

A liberdade de opinião está assegurada em dois prismas pela Constituição da República de 1988. Na esfera íntima, pela inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI) e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII). E no aspecto externo, se exterioriza pelo exercício das liberdades de comunicação (art. 5º, IX), religião (art. 5º, VIII), expressão e transmissão e recepção do pensamento (art. 5º, IV) (BRASIL, 1988).

A formação da personalidade do indivíduo pressupõe a exteriorização do pensamento por meio de opiniões, emoções, gestos, sensações. Sobre tudo, como dito, a manifestação do pensamento é essencial nas sociedades plurais presente em uma democracia.

2.1.1 Liberdade de expressão na trajetória constitucional brasileira

O direito à liberdade de expressão não foi novidade da CR/1988. Está presente nos textos constitucionais desde a Constituição do Império de 1824. Porém, a definição e o alcance da liberdade de expressão oscilavam conforme a política dominante.

É possível afirmar que foi somente sob o escudo da atual Constituição que a liberdade de expressão encontrou o devido espaço para que fosse efetivada, ao proteger, de maneira enfática e ao permitir que o Judiciário se valha desta garantia contra eventuais arroubos autoritários dos governantes (SARMENTO, 2009, p. 53).

Na primeira Constituição brasileira, conhecida como Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 1824, estava prevista a possibilidade de responsabilização pelos abusos cometidos no exercício do direito à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa (SARLET, 2014, p. 451).

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. (BRASIL, 1824)

De acordo com a Constituição do Império, todos os atos cometidos com abuso eram responsabilizados, inclusive as publicações feitas pela imprensa. Destaca-se também a possibilidade de elaboração de leis para regulamentar os abusos cometidos no exercício destes direitos (BRASIL, 1824).

Giuliano Fernandes chama atenção para o fato de que a primeira constituição brasileira autorizava responsabilizar qualquer ato de exercício do direito à liberdade de expressão. Não havia diferenciação. Se a responsabilização seria por mero ato de fala, ou escrita, se dependeria de publicação na imprensa.

Além disso, a Constituição do Império previa a possibilidade de promulgar leis que limitassem a livre expressão (FERNANDES, 2018, p. 117).

A Constituição de 1891, primeiro diploma constitucional republicano do país, também chamada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, repetia o texto constitucional anterior, mas o anonimato passou a ser expressamente vedado, no artigo 72, § 12: “em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato” (BRASIL, 1891).

Na Era Vargas, a Constituição de 1934, na tentativa de “organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico” (BRASIL, 1934), previa alguns limites ao exercício da liberdade de expressão:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

(9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, **salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar.** Não é permitido anonimato. É assegurado o **direito de resposta**. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social (BRASIL, 1934).

Havia censura quantos aos espetáculos e diversões públicas. Além da responsabilização legal pelos abusos cometidos, o anonimato era vedado, conclusão que se extrai pela leitura do próprio artigo. Em contrapartida, pela primeira vez, era assegurado o direito de resposta por parte daquele que se sentisse ofendido com alguma manifestação do pensamento de outro (BRASIL, 1934).

Com o temor de uma “infiltração comunista”⁶, a Constituição de 1937 limitava o direito do cidadão de manifestar o seu pensamento, praticamente nas mesmas linhas da lei suprema anterior:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o **direito à liberdade**, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(15) todo cidadão **tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.**

A lei pode prescrever: a) **com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa**, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) **medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes**, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) **providências destinadas à proteção do interesse público**, bem-estar do povo e segurança do Estado (BRASIL, 1937).

Ainda de acordo com a Constituição de 1937, a imprensa seria regulamentada por lei especial, exercia função de caráter público e nenhum jornal poderia se recusar a inserir comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei. De mais a mais, a responsabilização daqueles que cometessem abusos era passível de pena de prisão contra o diretor responsável e deveria ser aplicada a pena pecuniária à empresa (COSTELLA, 1970).

Na Constituição de 1937, era assegurado ao cidadão o direito de manifestar livremente seu pensamento, nos limites prescritos em lei. Getúlio Vargas reconhecia a importância dos meios de comunicação como formadores da opinião pública. Razão pela qual criou o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), que era diretamente subordinado à Presidência da República, cuja função seria controlar e exercer a propaganda e a censura, e mensalmente entregar uma lista com os temas proibidos (MOLINA, 1997, p. 101).

Entre os anos de 1945 a 1964, o Brasil buscou reestruturar a democracia, era a quarta república e ficou conhecida como “República Liberal”, caracterizada pela amplitude dos debates públicos e pelo desenvolvimento. Os dezenove anos foram um conciso hiato entre dois momentos ditatoriais.

A quarta Constituição republicana, promulgada em 1946, após a queda do Estado Novo, buscava a retomada dos valores liberais e procurou reestabelecer os princípios de um regime democrático. No entanto, em relação à garantia da liberdade de expressão, manteve os dizeres da Constituição de 1934 e inovou ao acrescentar a vedação a propagandas que refletissem preconceitos de raça e de

classe:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato.

É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe (BRASIL, 1946).

Em outubro 1956, durante o governo de Juscelino Kubitschek, o Executivo apresentou ao Congresso Nacional o projeto de lei de imprensa, que não chegou a ser votado. Apesar disso, o debate a seu respeito ocupou as páginas dos principais jornais, por mais de dois meses, e mobilizou como “aspecto central da luta política, a atribuição de sentidos à própria democracia e ao papel nela desempenhado pela imprensa” (BIROLI, 2004, p. 214). A defesa da regulamentação tinha como alicerce a manutenção da ordem da pública.

A censura governamental à imprensa é, nesse mesmo terreno das formulações presentes na tradição liberal, vista como a negação da capacidade de discernimento dos indivíduos, de seu estatuto como sujeitos de opinião, como leitores ou como votantes, implicando uma ameaça à própria concepção de soberania popular que ancora a de democracia (BIROLI, 2004, p. 228).

A disputa entre ditadura e liberdade se acirra nos anos que sucederam 1964. Em 1964, Marechal Castelo Branco foi eleito pelo Congresso Nacional como primeiro Presidente da República do novo regime. O Ato Institucional nº 1, de nove de abril daquele ano, foi o texto inaugural do governo militar, mas não fez referências à liberdade de imprensa, reafirmando o que estava vigente na Constituição de 1946 (COSTELLA, 1970).

Todavia, o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, retirou do júri a competência para julgar os crimes de imprensa, além de alterar a redação do artigo 141, parágrafo quinto, da Constituição de 1946:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à

propriedade, nos termos seguintes: [...].

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. (BRASIL, 1946).

Ao longo desses anos, os atos de exceção emergiram a necessidade de uma nova Constituição. O presidente Castelo Branco encaminhou ao Congresso Nacional um projeto, debatido entre dezembro de 1966 e janeiro de 1967, que daria ensejo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (COSTELLA, 1970).

A Constituição de 1967 tem como característica marcante a centralização do Poder na União e no Executivo. A liberdade de expressão era estabelecida no capítulo dos direitos e garantias individuais, praticamente nos mesmos moldes do modelo anterior vigente:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. (BRASIL, 1967).

Naquele mesmo ano, foi sancionada a Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, que regulamentava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. A chamada “Lei de Imprensa” vigorou até abril de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pela incompatibilidade do diploma legal com a CR/88, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, que será abordada no próximo tópico.

A Lei de Imprensa foi editada em período de exceção institucional, durante o governo dos militares, com escopo de regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

Com a entrada em vigor da Lei, os programas de televisão, ao serem

exibidos, deveriam apresentar na tela uma autorização rubricada pelos censores.

Um dia antes de entrar em vigor, a Lei de Imprensa sofreu alterações na matéria em decorrência do Decreto-lei 314, de 13 de março de 1967, a chamada Lei de Segurança Nacional, que definiu os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social (BRASIL, 1967).

Dentre os dispositivos, estava prevista, no artigo 14, a pena de detenção, de seis meses a dois anos, para quem divulgasse, por quaisquer meios, notícias falsas, tendenciosas ou deturpadas, de modo a colocar em perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil (BRASIL, 1967).

Há mais de 50 anos, em 1968, foi editado o Ato Institucional nº 5, que pode ser considerado o mais severo no período do regime militar. O AI-5 conferiu ao presidente da República poderes para imposição de censura prévia sobre os meios de comunicação, sob a justificativa de ser “necessário à defesa da Revolução” (BRASIL, 1968):

Art. 9º - O Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução deste Ato Institucional, bem como adotar, se necessário à defesa da Revolução, as medidas previstas nas alíneas d e do § 2º do art. 152 da Constituição. (BRASIL, 1968).

Art. 152 - O Presidente da República poderá decretar o estado de sítio nos casos de: [...]§ 2º - O Estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas: [...]d) suspensão da liberdade de reunião e de associação; e) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; (BRASIL, 1967).

Tal Ato marcou o nível mais extremo que chegou o autoritarismo no Brasil. José Afonso da Silva (2014, p. 90) define o AI-5 como o “instrumento mais autoritário da história política do Brasil”. Assim, a liberdade de expressão, embora assegurada no texto constitucional, era uma letra-morta, sem valia, um preceito que não se cumpriu.

No ano seguinte, a Emenda Constitucional nº. 1 permitiu a censura em diversões e espetáculos públicos, bem como no caso de publicação de livros, jornais e periódicos. Também eram proibidas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça, ou de classe, e

publicações contrárias à moral e aos bons costumes (art. 153, §8º, CR/1969).

Tendo em vista o momento político que o País vivia, ou seja, o regime militar, verifica-se que houve uma nítida restrição ao exercício da liberdade de expressão em relação às Constituições anteriores. Durante a sua vigência foi editada a Lei 5.250, de 09.02.1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação e disciplina a censura prévia aos espetáculos e diversões públicas (MEYER-PFLUG, 2009, p. 65).

Tecnicamente, a Emenda Constitucional nº1, editada em 17 de outubro de 1969, se tratou de uma nova constituição.

A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil* (SILVA, 2014, p. 89).

A luta pela normalização democrática começou concomitantemente com a instalação do regime militar, em 1964. Mas, foi com o Ato Institucional nº 5 que ganhou forças.

O quadro perdurou até 1978, com a revogação do AI-5, por meio de Emenda Constitucional nº 11⁷, durante o governo de Ernesto Geisel. Voltava a vigorar, então, a Constituição em conjunto com a Lei de Imprensa (BRASIL, 1978).

A partir da eleição dos Governadores, em 1982, as ruas foram tomadas em prol da eleição direta para Presidência da República e em busca do reequilíbrio nacional, que só poderia acontecer com uma nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social (SILVA, 2014, p. 88/89).

Embora de modo gradativo, o espírito democrático ganhava força, o que culminou na eleição de Tancredo Neves, primeiro Presidente após mais de vinte anos de regime ditatorial, ainda que pelo voto indireto. No entanto, Tancredo não chegou a ser empossado, pois faleceu antes da posse. “Sua morte, antes de assumir a Presidência, comoveu o Brasil inteiro. Foi chorado. O povo sentiu que suas esperanças eram outra vez levadas para o além” (SILVA, 2014, p. 91).

Tancredo Neves detinha o apoio para executar a construção de uma Nova

República, derrotando as forças autoritárias que dominaram o país por mais de vinte anos. Tancredo foi eleito em 15 de janeiro de 1985, mas morreu antes de assumir o cargo de Presidente da República. Assim, a tarefa de redemocratizar o Brasil coube a José Sarney.

José Sarney, com a missão de revogar as leis autoritárias e aprovar uma nova Constituição, enviou ao Congresso Nacional a proposta de Emenda Constitucional (EC-26) e consequente convocação da Assembleia Constituinte. Nos dizeres de José Afonso da Silva: “Finalmente, estabeleceu que a Constituição seria promulgada depois da aprovação do seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte. Assim se fez” (SILVA, 2014, p. 91).

A Constituição instaurou o Estado Democrático de Direito, em cinco de outubro de 1988.

A reabertura democrática expôs o evidente desencontro da Lei de Imprensa com os princípios e preceitos constitucionais assegurados na Constituição de 1988, vez que é assegurado a todos os cidadãos o direito à livre manifestação do pensamento.

Foi verdadeira ruptura da perspectiva existente. Depois de mais de 20 anos de repressão e autoritarismo, o Brasil vislumbrava a chance de reerguer os ideais democráticos e ampliar a liberdade e o pensamento crítico dos indivíduos.

2.2 LIBERDADE DE IMPRENSA E A INCOMPATIBILIDADE DA LEI DE IMPRENSA COM OS PRECEITOS DEMOCRÁTICOS

A Lei de Imprensa foi o diploma legal criado durante o regime militar, em 1967, para regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Antes de adentrar nos principais aspectos da Lei de Imprensa e da decisão que declarou a não recepção da norma pela CR/1988, é necessário delimitar o

conceito de liberdade de imprensa.

A liberdade de imprensa está assegurada no art. 220 da Constituição: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo, ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

A liberdade de imprensa surge como mecanismo de defesa contra o arbítrio dos poderes estatais. José Afonso da Silva (2014, p. 245) considera a liberdade imprensa como liberdade de comunicação, que “consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”. São princípios que regem as formas de comunicação:

(a) Observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprimam; (b) nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão, ou permissão do Poder Executivo federal, sob o controle sucessivo do Congresso Nacional, a que cabe apreciar o ato, no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º (45 dias, que não correm durante o recesso parlamentar); (f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio (SILVA, 2014, p. 245).

Para Alexis de Tocqueville⁸ (2005, p. 207), a liberdade de imprensa é capaz de modificar não só os costumes, como também as leis, produzindo efeitos no mundo político. “A liberdade de imprensa não faz seu poder sentir-se apenas sobre as opiniões políticas, mas também sobre todas as opiniões dos homens” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 207).

É de fundamental importância o papel da imprensa para preservação dos ideais democráticos. Uma imprensa livre é garantia de segurança para o povo. Diante disso, a censura é uma ameaça para os países onde impera ostensivamente o dogma da soberania do povo, pois soberania e liberdade de imprensa são diametralmente correlatas (TOCQUEVILLE, 2005, p. 209).

A liberdade de imprensa possui compromisso com a verdade. Esta é uma das diferenças em relação à liberdade de expressão:

Devido ao conteúdo abstrato e subjetivo da liberdade de expressão, ela não está sujeita à submissão ao critério da verdade. É dizer, garante-se a expressão de qualquer ideia ou pensamento, convicção política ou ideológica, independentemente dela ser verdadeira ou não. Já no direito à informação e na liberdade de imprensa, exige-se que a notícia ou fato revelado seja verdadeiro, correto (MEYER-PFLUG, 2009, p. 50).

É na liberdade de imprensa que se encontra o direito de informar, se informar e ser informado. A ausência de informação resulta na ignorância do indivíduo, no desconhecimento dos seus direitos e deveres e na incompreensão dos acontecimentos do mundo globalizado.

Corolário do sistema democrático de direito e do modelo republicano, o direito à informação “caracteriza-se como instrumento indispensável à fiscalização e responsabilização do governo” (NOVELINO, 2018, p. 407).

A Constituição da República de 1988 assegura a todos o acesso à informação, desde que resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV, CR/1988). Ainda no artigo 5º, é previsto que todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral. Essas informações devem ser prestadas no prazo legal, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CR/1988) (BRASIL, 1988).

Assim, como a informação dá acesso para os cidadãos à participação da esfera pública, aos debates políticos, ao conhecimento do poder publicizado, ela se torna peça elementar à efetivação dos direitos políticos. De que maneira o cidadão poderia ter acesso à vida política nacional se as informações acerca do conjunto das coisas públicas não ultrapassarem o perímetro da capital de um país, e do círculo restrito de sua elite política? De que modo poderiam ultrapassar esses limites senão mediadas de alguma forma? A ideia da democracia pressupõe a capacidade dos seres humanos de avaliar e julgar todas as questões públicas de forma autônoma e sem tutela. (GENTILLI, 2013, p. 25).

O direito à informação tem relação estrita com a liberdade de expressão. Ambos não se confundem, e desta distinção não há consequência prática, sob o

ponto de vista jurídico. “O primeiro consiste no direito de se obter informações bem como o direito de informar. Já o segundo é o direito de expressar ideias, opiniões, sensações e sentimentos” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 42).

Os direitos de informar, de se informar e de ser informado solidificam o princípio da informação. Apenas por meio da informação que o cidadão tem plenas condições de fazer escolhas de forma livre. Veja as lições de José Afonso da Silva:

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dano da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, de obtê-la (SILVA, 2014, p. 249).

A liberdade de informação jornalística não se restringe à publicação de jornais e outros veículos impressos. O direito de informar abrange qualquer forma de difusão de notícias: revistas, livros, periódicos, ou qualquer outro meio de propagação de notícias, opiniões, críticas e comentários (SILVA, 2014, p. 248).

Em consequência, os veículos de comunicação teriam o papel de fornecer aos cidadãos as informações públicas, permitindo o exercício dos demais direitos de cidadania (GENTILLI, 2013, p. 27).

Direito contínuo à liberdade de informação, é o “direito de se informar”, que representa “a faculdade conferida ao indivíduo de buscar informações sem obstáculos ou de restrições desprovidas de fundamentação constitucional” (NOVELINO, 2018, p. 408).

Com objetivo de garantir a ampla divulgação para a sociedade de notícias de interesse público, a Constituição de 1988 resguardou o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional (CF, art.5º, XIV). A proteção constitucional conferida a este sigilo visa, portanto, a evitar coações e arbitrariedades por parte dos poderes públicos contra profissionais de imprensa. (NOVELINO, 2018, p. 408).

A liberdade de informação, além de ser direito coletivo, é função social. “É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião,

ideias e pensamentos, veiculados pelos meios de comunicação social (SILVA, 2014, p. 248)”.

A liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento, a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV). Aqui se ressalva o direito do jornalista e do comunicador social de não declinar a fonte onde obteve a informação divulgada. Em tal situação, eles ou o meio de comunicação utilizado respondem pelos abusos e prejuízos ao bom nome, à reputação e à imagem do ofendido (art. 5º, X) (SILVA, 2014, p. 248).

A informação existe, é imprescindível ao ser humano para que exerça os seus demais direitos fundamentais, com intuito de evitar as arbitrariedades do Estado. “A liberdade de escrever, como todas as outras, é tanto mais temível quanto mais é nova; um povo que nunca ouviu tratar-se diante de si dos negócios do Estado acredita no primeiro tribuno que se apresenta” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 211).

A liberdade de informação assegura o direito ao indivíduo de ser informado, ter acesso a dados e notícias, sem sofrer qualquer restrição por parte do Estado ou da sociedade. De outra parte, também significa a liberdade dos meios de comunicação de transmitir informações à sociedade, sem qualquer interferência. Todavia, a proibição de impedimentos ao exercício desse direito não significa que possa ser ele exercido de forma absoluta, pois encontra seus limites nos demais direitos adotados pelo sistema constitucional (MEYER-PFLUG, 2009, p. 43).

Em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou incompatibilidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) com a Constituição de República de 1988, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Na ementa da decisão: “A imprensa como plexo ou conjunto de atividades ganha a dimensão de instituição ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa *de per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública” (BRASIL, 2009, p. 3).

Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, Carlos Ayres

Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 (ADPF 130).

Em contrapartida, os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação, e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência⁹ (BRASIL, 2009).

No voto relator, Ayres Britto argumentou que em matéria de imprensa não há espaço para meio-termo. “Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica” (BRASIL, 2009, p. 32):

Imprensa apenas **meio livre** é um tão arremedo de imprensa como a própria meia verdade das coisas o é para a explicação cabal dos fenômenos, seres, condutas, ideias. Sobretudo ideias, cuja livre circulação no mundo é tão necessária quanto o desembaraçado fluir do sangue pelas nossas veias e o desobstruído percurso do ar pelos nossos pulmões e vias aéreas (BRASIL, 2009, p. 32).

Sem reservas, o voto do ministro relator foi acompanhado pelo ministro Eros Grau.

Para o ministro Menezes Direito, a imprensa é a única instituição “dotada de flexibilidade para publicar as mazelas do Executivo”, sendo reservada a outras instituições a tarefa de tomar atitudes a partir dessas descobertas. Não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas (BRASIL, 2009, p. 85).

É inegável que exista permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão. De acordo com a ementa da decisão:

A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou

responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (BRASIL, 2009, p. 4).

No entanto, a democracia depende, necessariamente, da informação. Afirma Menezes Direito (BRASIL, 2009, p. 91), ao salientar que a democracia depende da informação e não apenas do voto para subsistir: “Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias”.

A democracia é valor que abre as portas à participação política, de votar e de ser votado, como garantia de que o voto não é mera homologação do detentor do poder. **Dito de outro modo: os regimes totalitários convivem com o voto, nunca com a liberdade de expressão.** Por outro lado, a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para sua sobrevivência institucional, proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana. Esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história. O cuidado que se há de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem a liberdade de expressão nem a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2009, p. 91).

O direito tem “mecanismos para cortar e repudiar todos os abusos que eventualmente ocorram em nome da liberdade de imprensa”, assim votou a Ministra Carmen Lúcia. O fundamento constitucional é o da democracia e que não há qualquer contraposição entre a liberdade de expressão e de imprensa com o valor da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, uma imprensa livre reforça o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2009, p. 100).

“A liberdade da imprensa é plena nos limites conceitual-constitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição. E é certo que a Constituição a encerra em limites predefinidos, que o são na previsão da tutela da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2009, p. 123), votou o ministro Cezar Peluso.

Em apenas três páginas, o ministro Cezar Peluso argumentou que sua tendência era fazer algumas ressalvas sobre algumas matérias disciplinadas pela Lei de Imprensa, que pareciam ser absolutamente compatíveis com o ordenamento jurídico. Porém, a sobrevivência de apenas alguns dispositivos não seria algo prático, o que poderia gerar algumas dificuldades. Desse modo, para o

magistrado, o Judiciário seria competente apenas para decidir matérias sobre o direito de resposta e temas correlatos, até que o Congresso Nacional edite uma lei de imprensa perfeitamente compatível com a ordem constitucional (BRASIL, 2009, p. 122/124).

No voto pela revogação total da Lei de Imprensa, o ministro Celso de Mello afirmou que “nada é mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão e pensamento, pois o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre, sempre livre” (BRASIL, 2009, p. 147):

Impende advertir, bem por isso, notadamente quando se busca promover a repressão à crítica jornalística, que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social (BRASIL, 2009, p. 156).

O argumento do Ministro Ricardo Lewandowski, ao acompanhar o Relator, foi de que o texto da Lei 5.250/67 é supérfluo, vez que a matéria está regulamentada na própria Constituição. Salientou que o diploma legal foi editado num período autoritário, com evidente objetivo de cercear a liberdade de expressão (BRASIL, 2009, p. 101).

O ministro Joaquim Barbosa divergiu do Relator. Para ele, o ministro relator Carlos Ayres Britto havia preconizado por uma imprensa totalmente livre de qualquer interferência, até mesmo do Judiciário. Contudo, a exemplo dos pensamentos de Owen Fiss, professor da Universidade de Yale, nem sempre o Estado exerce uma influência negativa do campo das liberdades de expressão e de comunicação (BRASIL, 2009, p. 109):

É tendo em mente esses riscos que o ultraliberalismo pode trazer que eu, a exemplo de Fiss, penso que sem dúvida o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados àqueles que muitos buscam, conscientemente ou inconscientemente, silenciar e marginalizar. Lamentavelmente, esses aspectos da questão não estão examinados pela Corte no julgamento deste caso (BRASIL, 2009, p. 111).

Na mesma linha do ministro Joaquim Barbosa, a ministra Ellen Gracie

entendeu que a ofensa proferida por meios de comunicação deve sofrer maior reprovabilidade, quanto maior for sua extensão. Reconheceu que a imprensa livre foi conquistada a duras penas e que o Estado não pode cair na tentação de se fazer um intermediário entre a atividade de expressão e a sociedade. Porém, não enxergou haver hierarquia entre os direitos fundamentais, ao ponto de que um deles possua completa blindagem legislativa e que uma legislação infraconstitucional não comprometa a liberdade de informação jornalística. Desse modo, assim como o ministro Joaquim Barbosa, a ministra Ellen Gracie votou pela constitucionalidade dos arts. 20, 21 e 22, da Lei de Imprensa (BRASIL, 2009, p. 127/129).

Art. 20. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, reproduz a publicação ou transmissão caluniosa.

§ 2º Admite-se a prova da verdade, salvo se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

§ 3º Não se admite a prova da verdade contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Chefes de Estado ou de Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos (BRASIL, 1967).

Art. 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

§ 1º A exceção da verdade somente se admite:

a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública;

b) se o ofendido permite a prova.

§ 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele (BRASIL, 1967).

Art. 22. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decôro:

Pena: Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

Parágrafo único. O juiz pode deixar de aplicar a pena:

a) quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

b) no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria (BRASIL, 1967).

Da mesma forma, votou o ministro Gilmar Mendes pela parcial

procedência da ação. Ao fazer análises com o direito comparado, com as leis de imprensa existentes em outros países, como Espanha, França, Alemanha, Reino Unido, Peru, Uruguai, Chile, México e Portugal, concluiu que “a ordem constitucional de 1988 abre espaço para uma lei de imprensa instituída para proteger outros direitos constitucionais, especialmente os direitos à honra e à privacidade” (BRASIL, 2009, p. 235). Segundo o ministro, o poder da imprensa talvez represente um poder social tão grande quanto o estatal:

No Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa. A Constituição assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações à honra, à intimidade, à dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante à imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder social da imprensa. E não se deixe de considerar, igualmente, que a liberdade de imprensa também pode ser danosa à própria liberdade de imprensa (BRASIL, 2009, p. 255).

Votou pela total improcedência da ação o Ministro Marco Aurélio. Foi o único a divergir integralmente. Acreditou que não havia preceito fundamental violado. Para Marco Aurélio, o simples fato de a lei ter sido editada durante a égide do regime militar, por si só, não a tornaria antidemocrática. Afirmou que a ausência de lei que regulamentasse a imprensa deixaria ao judiciário o encargo de resolver as questões de conflitos entre direitos fundamentais, o que geraria bagunça e insegurança jurídica (BRASIL, 2009, p. 143/144).

Por maioria, a Lei de Imprensa foi considerada incompatível com a atual ordem constitucional. No acórdão, também ficou estabelecido que a expressão constitucional, que está na parte final do art. 220, da CR/1988, “observado o disposto nesta Constituição” exprime a incidência de outras normas constitucionais que asseguram outros direitos de personalidade geram uma consequência ou uma responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística”, conforme disposto no § 1º do mesmo art. 220. “Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço

inconstitucional da prestidigitação judiciária” (BRASIL, 2009, p. 4).

Entretanto, se nem mesmo o direito à vida é absoluto, pois encontra limites na própria legislação e na Constituição, a liberdade de expressão e de informação também não haveriam de ser.

2.3 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO

O âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado de forma ampla. Em princípio, todas as formas de manifestações da expressão e do pensamento estão asseguradas constitucionalmente, desde que não violentas:

Uma compreensão elástica do âmbito de proteção esbarra, todavia, em algumas questões polêmicas, como, por exemplo, a negativa de fatos históricos ou mesmo no que diz com a existência de um dever de verdade quanto aos fatos, bem como os assim chamados delitos de opinião, visto que nesses casos verifica-se maior controvérsia sobre a sua inclusão no âmbito de proteção da liberdade de expressão (SARLET, 2014, p. 458).

O direito à livre expressão possui posição preferencial no caso de conflito com outros direitos fundamentais. Isso não quer dizer que esteja totalmente imune a qualquer limite ou restrição. As exigências da proporcionalidade devem ser consideradas e aplicáveis em caso de eventual conflito entre bens jurídicos constitucionais (SARLET, 2014, p. 461).

A Constituição de 1988 veda qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística (CR, art. 220, § 2º). Em outras palavras, constitui-se como violação a liberdade de informação a intervenção que não seja constitucionalmente fundamentada, ou seja, que não encontre justificação baseada em direitos fundamentais de terceiros ou em interesses coletivos de hierarquia constitucional (NOVELINO, 2018, p. 408).

Censura considerada como absolutamente vedada pela CR/1988 consiste, nas lições de Ingo Sarlet (2014, p. 462), “na restrição prévia à liberdade de expressão realizada pela autoridade administrativa e que resulta na proibição da

veiculação de determinado conteúdo”. Acentua Meyer-Pflug:

A censura pode ser prévia ou a posteriori. A primeira modalidade consiste no impedimento ao lançamento de uma determinada obra, uma exposição ou manifestação popular. É vedada também a licença que nada mais é do que a autorização para manifestação do pensamento. É dizer, não é necessário pedir uma autorização para manifestar ou veicular suas ideias e notícias em livros, jornais, revistas, periódicos, televisão, rádio DVD, CD e outros meios (MEYER-PFLUG, 2009, p. 80).

Vedar a censura é assegurar o direito à informação. Nem mesmo Judiciário tem a prerrogativa de limitar o acesso às informações e documentos, se utilizando de critérios abstratos e discricionários. Consequentemente, em regra, os julgamentos e atos processuais são públicos. A Constituição da República só permite a restrição quando houver necessidade de defesa da intimidade, ou no interesse da sociedade e do Estado.

Em 2006, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso em Mandado de Segurança (RMS 23036 RJ), julgou procedente a reclamação ajuizada contra o Superior Tribunal Militar (STM). Aos impetrantes, foi garantido amplo acesso aos registros documentais, aos áudios e às sessões públicas e secretas da referida Corte, ocorridas na década de 1970. O material seria usado como fonte para elaboração de obra literária sobre o Judiciário. Onze anos depois, a decisão foi referendada pelo Plenário do STF:

A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público. A coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo que para fins particulares, constitui-se motivação legítima a garantir o acesso a tais informações (BRASIL, 2006).

Proibir a censura é consequência natural do país que protege a liberdade de expressão. Governos utilizam a censura para cercear posições políticas e ideológicas, são instrumentos de manipulação da opinião pública. “A censura é algo danoso e que deve ser a todo custo extirpada das sociedades democráticas” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 80).

A respeito das cláusulas restritivas expressas, quanto ao direito de receber

informações, sejam elas de interesse social, particular, ou de interesse coletivo, a CR/1988 excepcionou aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade (art. 5º, XXXIII, CR/1988).

Além disso, a Constituição de 1988, em hipótese de reserva legal simples, permite, durante a vigência de estado de sítio, que poderão ser impostas, na forma da lei, restrições ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa (CR, art. 139, III) (NOVELINO, 2018, p. 410).

Outro limite ao direito à livre expressão é a vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CR/ 1988). Ter liberdade requer ter responsabilidade. Se identificar é dever do exercício de manifestar o pensamento:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autonomia do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição *veda o anonimato*. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o *direito*, também fundamental individual *de resposta*. O art. 5º, V, o consigna nos termos seguintes: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (SILVA, 2014, p. 247).

Importante destacar que a vedação ao anonimato não anula o direito ao sigilo da fonte (art. 5º, XIV, CR/1988). Exigir que a pessoa se identifique, ao exercer o direito à livre expressão, é evitar pensamentos espúrios. “O que se está a exigir, tão somente, é que haja um responsável pela emissão daquelas ideias ou pensamentos. É exatamente o que ocorre com os editais dos jornais nos quais a direção se responsabiliza pelas ideias e manifestações ali veiculadas” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 85).

O sigilo da fonte é protegido quando necessário ao exercício profissional, como é o caso dos advogados, jornalistas e médicos. Sobretudo, é um dever profissional. Esse sigilo da fonte é aplicado a todas as profissões cujo segredo e o silêncio seja fundamental. O sigilo da fonte envolve também o suporte material, ou seja, todos os elementos que de alguma forma auxiliem na obtenção da informação (MEYER-PFLUG, 2009, p. 43/44). De tal modo, para resolver o

impasse da necessidade do sigilo da fonte:

Para a solução deste conflito, devem ser levados em conta os seguintes fatores: a) o jornalista não pode estar movido por sentimentos de despeito, ânimo ou ciúme; b) exige-se do profissional a revelação de fatos importantes num certo momento e não a utilização do material, de modo oportunista; e c) a relevância social da informação.

Na verdade, se a liberdade à informação for de relevante interesse social, o direito à vida privada deve ser afastado em detrimento do interesse público-social dessa liberdade de informação plenamente definida e delimitada (LEYSER, 1999, p. 8).

Outra limitação constitucional ao direito à livre manifestação do pensamento é o direito de resposta (art. 5º, V, CR/1988), igualmente considerado como fundamental e individual. As colisões entre o direito à livre manifestação do pensamento e o direito à privacidade são frequentes. O direito de resposta objetiva garantir a eficácia do direito à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada.

Sob esse aspecto, em 2015, foi aprovada a Lei de Direito de Resposta e Retificação (Lei nº 13.188/2015), e pretendia equilibrar a relação entre os cidadãos e os meios de comunicação, como forma de preencher as lacunas deixadas pela revogação da Lei de Imprensa, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130 (BRASIL, 2015).

Ainda que o direito de resposta seja clara limitação ao exercício da liberdade jornalística e dos meios de comunicação, é também uma justificativa de que as lesões resultantes do discurso são combatidas, preferencialmente, com mais discursos (SANKIEVICZ, 2011, p. 189). Enfatiza Alexandre Sankievicz:

É ainda mais um meio para garantir o pluralismo e a diversidade de ideias para que a sociedade possa, por si mesma, julgar a verdade. Tendo isso em vista, é essencial destacar que a função do direito de resposta vai muito além da reparação do dano individual, pois a sociedade também possui direito à diversidade de informação (SANKIEVICZ, 2011, p. 189).

O direito de manifestar o pensamento e as ideias deve ocorrer livre de qualquer castigo ou ameaça, pois ele é a manifestação do raciocínio humano, é a expressão de sua razão. A liberdade de expressão é primordial para o desenvolvimento humano, está relacionada com a autodeterminação do

indivíduo, assegura a opção de cada um de adotar as convicções que lhe forem convenientes (MEYER-PFLUG, 2009, p. 67).

Mais uma limitação constitucional ao direito à livre expressão se refere ao direito à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade. Direitos fundamentais previstos na CR/1988, pelo art. 5º, X, que assegura também o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

Definidos como direitos de personalidade, são considerados: irrenunciáveis, intransmissíveis e inerentes a todo ser humano. Os direitos à intimidade e à vida privada emanam do princípio da dignidade da pessoa humana (NOVELINO, 2020, p. 381).

O desígnio constitucional em proteger a privacidade é permitir ao indivíduo que conduza a própria vida da forma que julgar mais apropriada, sem a interferência da curiosidade alheia. O que deve variar é a intensidade dessa proteção. “Quanto mais próximas das experiências definidoras da identidade do indivíduo, maior deve ser o peso conferido ao direito à privacidade” (NOVELINO, 2020, p. 381)¹⁰.

A **intimidade** está relacionada ao modo de ser de cada pessoa, ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (autoestima, autoconfiança) e à sexualidade. Compreende os segredos e as informações confidenciais.

A **vida privada** abrange as relações do indivíduo com o meio social nas quais não há interesse público na divulgação.

A **honra** consiste na reputação do indivíduo perante o meio social em que vive (honra objetiva) ou na estimação que possui de si próprio (honra subjetiva). (...) O direito à imagem impede, *prima facie*, sua captação e difusão sem o consentimento da própria pessoa. A proteção a esse direito é autônoma em relação à honra, devendo ocorrer ainda que não haja ofensa à estimação pessoal ou à reputação do indivíduo. (NOVELINO, 2020, p. 381)

Inseridos no direito à privacidade, estão os fatos cotidianos, ocorridos no seio domiciliar ou locais reservados, incluídos os hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. “Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação” (BARROSO, 2009, p.

13). O problema está justamente nas exceções:

Intervenções no âmbito de proteção do direito à privacidade devem ser consideradas legítimas quando: I) adequadas para fomentar princípios constitucionais; II) necessárias, ante a inexistência de outro meio similarmente eficaz; e III) proporcionais em sentido estrito, por promoverem a realização de princípios cujas razões, no caso concreto, são mais fortes que as decorrentes do direito à privacidade. (NOVELINO, 2020, p. 382)

Conforme Luís Roberto Barroso (2009, p. 13), a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de proteção à privacidade: o grau de exposição pública da pessoa, em razão do seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual:

A privacidade de indivíduos de vida pública - políticos, atletas, artistas - sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. Por vezes, a notoriedade advém de uma fatalidade ou de uma circunstância negativa, como estar envolvido em um acidente ou ter cometido um crime. Remarque-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso das pessoas públicas. (BARROSO, 2009, p. 14).

Nas relações privadas, a liberdade de expressão também está protegida. Diferentemente do Estado, os particulares não cumprem dupla função, positiva e negativa. Enquanto o Estado deve, ao mesmo tempo, garantir, fomentar e fornecer meios para o exercício da livre expressão, e se abster de criar obstáculos e restrições, os particulares devem adotar uma postura negativa, ou seja, não devem violar o exercício do direito do outro (MEYER-PFLUG, 2009, p. 89):

Com efeito, Meyer-Pflug (2009, p. 89) explica que há casos em o particular é responsável direto pela violação a direitos fundamentais, ou seja, seu agressor. Nessas situações, o Estado não deve adotar uma postura inerte, razão pela qual a CR/1988 prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI, CR/1988). Aqui, é válido destacar o papel do direito penal, “destinado a combater o crime a contravenção penal, mediante a imposição de sanção penal”, conceitua Cléber Masson (2018, p. 5).

Apesar de reconhecer que a legislação infraconstitucional possua previsões

que limitem previamente o direito à livre expressão, Giuliano Fernandes acredita não ser possível afirmar que a CR/1988 limite previamente à liberdade de expressão. Para ele, nem mesmo a dignidade pode ser entendida como limite. Do contrário, “estaremos diante de um grave impasse, afinal, de que maneira a dignidade poderia limitar outra dignidade?” (FERNANDES, 2018, p. 122).

Limitar direitos é a forma mais democrática de garanti-los. É válido repetir: não há direitos absolutos.

Aspectos polêmicos envolvem a liberdade de expressão e o discurso de ódio. Nas palavras de Vitor Medrado (2018, p. 98), “os discursos de ódio podem potencialmente causar danos a outras pessoas, que podem se sentir ofendidas, e mesmo terem o seu dia a dia onerado por serem alvos de insultos, intimidações e assédios”. Deve o discurso de ódio ser regulamentado, proibido ou protegido?

3 A famosa frase atribuída ao filósofo e escritor francês François Marie Arouet (1694-1778), mais conhecido como Voltaire, é, na verdade, da escritora inglesa Evelyn Beatrice Hall. Evelyn, nascida em 1868, foi autora da biografia do pensador francês, denominada “Os amigos de Voltaire”. “I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it” (HALL, 1906, p. 199).

4 Destaca-se o significado de princípio, em virtude da subdivisão das normas do ordenamento jurídico brasileiro em princípios e regras. Os princípios expressam valores a seres preservados ou fins públicos a serem realizados. Os princípios expressam valores a seres preservados ou fins públicos a serem realizados. “Designam, portanto, “estados ideais”, sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. E mais: em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas” (BARROSO, 2004, p. 4).

5 STF – HC 82.424, Red. p/ ac. Min. Maurício Corrêa (17-09-2003): “Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) constitui-se crime de racismo [...] A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam [...]. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências

gravosas que o acompanham. [...] Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal (BRASIL, 2004).

- 6 Trecho da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, [...] ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente” (BRASIL, 1937).
- 7 Promulgação da Emenda Constitucional nº 11, em 13 de outubro de 1978, aprovada em maioria pelo Congresso Nacional, revogava os atos institucionais e complementares, no que contrariassem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estavam excluídos de apreciação judicial (Emenda Constitucional nº 11, de outubro de 1978, art. 3º) (BRASIL, 1978).
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm. Acesso em: 13 jul. 2020.
- 8 “Alexis de Tocqueville (1805-1859) foi um pensador político e estadista francês. Foi considerado um dos grandes teóricos sobre a democracia americana. Especulou sobre a natureza essencial da própria democracia, suas vantagens e perigos. [...] Em 1830 iniciou-se na vida política quando foi eleito deputado. Apesar de aristocrata, tinha ideias com inclinações democráticas. Viajou para os Estados Unidos, para estudar o sistema democrático em funcionamento. Ficou impressionado com a nascente democracia norte-americana. De volta à França, em 1832, escreveu sobre o que havia visto: a radical democratização de uma sociedade, na qual todos, com exceção dos escravos, eram iguais perante a lei, independentemente da origem social. Publicou sua obra prima, “A Democracia na América” (1835-1840), em quatro volumes, que o consagrou e abriu-lhe as portas das mais importantes instituições, entre elas, a Academia Francesa, em 1841” (FRAZÃO, 2016).
- 9 STF – ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto (30.04.2009): “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobre tutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongado das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar a responsabilidade penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da Lei nº. 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação” (BRASIL, 2009).
- 10 Constitucionalmente, a privacidade, enquanto gênero, se subdivide em: intimidade, vida privada, honra e

imagem. (CR/88, art. 5º, X).

3. O QUE É O DISCURSO DE ÓDIO OU O HATE SPEECH?

O debate sobre as limitações do direito à liberdade de expressão, por si só, já gera embates calorosos, seja na esfera jurídica ou no campo das relações sociais. Os aspectos se tornam ainda mais polêmicos quando a discussão esbarra nos discursos odiosos. Sobre o tema, Gilmar Mendes manifestou:

O tema é, sem dúvida, um tanto paradigmático, pois nos leva a questionar a respeito dos próprios limites da liberdade de expressão, nos obriga a refletir sobre a necessidade de se diferenciar a tolerância do dissenso e a examinar a impossibilidade de se tolerar a intolerância, em vista de seu potencial disseminador do ódio em sociedades democráticas (MENDES, 2010, p. 2).

Afinal, qual seria a definição para discurso de ódio? É difícil encontrar uma que seja aceita de maneira uniforme, mas, para fins de desenvolvimento deste livro, adota-se o conceito de Winfried Brugger, que foi professor de direito público e filosofia do direito da Universidade de Heidelberg, na Alemanha. O discurso de ódio abrange “manifestações que se prestam a insultar, intimidar ou incomodar uma pessoa ou um grupo, bem como aquelas manifestações que se prestam a conclamar a violência, ao ódio ou discriminação” (BRUGGER, 2007, p. 180). Como enfatiza Brugger (2007, p. 180), a razão do ódio e da discriminação é quase sempre a raça, a religião, o gênero ou a orientação sexual. Diante da difícil distinção entre discursos de ódio e discursos meramente

inconvenientes, questiona se aquela espécie de manifestação do pensamento mereça alguma tutela.

Foi visto que a liberdade de expressão é amplamente protegida no ordenamento jurídico brasileiro. Não só pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como também por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e pela legislação infraconstitucional. Ser livre para manifestar os pensamentos e ideias é pressuposto do Estado Democrático de Direito.

Embora seja constitucionalmente assegurada, a liberdade de expressão, assim como os demais direitos fundamentais, não é um direito absoluto. Encontra limites no próprio texto constitucional e nas leis esparsas. A dignidade da pessoa humana, a igualdade e a criminalização do racismo são alguns exemplos dos limites à livre expressão artística, cultural, científica, intelectual e à livre manifestação dos pensamentos.

Tanto o Supremo Tribunal Federal, como a Suprema Corte estadunidense, enfrentam calorosos debates constitucionais acerca do papel do Estado na garantia das liberdades de expressão e de imprensa. Uma das questões de fundo que transcende a discussão se dá entre duas concepções antagônicas de garantia das liberdades específicas.

No prefácio da obra de Owen Fiss, “A ironia da liberdade de expressão”, Gustavo Binzenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto esclarecem que, de um lado, há quem interprete a garantia da liberdade de expressão como expressão de autonomia discursiva do indivíduo, e assim, exige que o Estado adote uma postura inativa, sem interferir na esfera individual. Enquanto outros vislumbram na liberdade de expressão um instrumento para promover a diversidade na esfera pública, e exigem uma postura positiva no Estado na ampliação do espaço conferido a diversos grupos no debate democrático (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 2).

Há fina ironia do papel do Estado em relação ao exercício da garantia do direito à livre expressão: “o dilema é ainda mais agudo, pois o conflito se dá entre as dimensões defensiva e protetiva do mesmo direito fundamental, que limita e exige a atuação estatal quase simultaneamente” (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 4).

O exagero de intervenção gera um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, e, paralelamente, a omissão pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 4).

Nas nações onde os cidadãos expressam suas opiniões, suas ideias e há uma imprensa livre, os dirigentes políticos possuem forte incentivo para ouvir os anseios da população. A liberdade de expressão é um direito fundamental, não só para o indivíduo, mas também para o fortalecimento da democracia. No entanto, não há como negar os complexos problemas pertinentes à relação entre democracia e liberdade de expressão. Esses dilemas surgem com a imposição de restrições à liberdade de expressão, que são limites essenciais à proteção de outros direitos igualmente fundamentais, como a igualdade, a honra, a vida privada e íntima. Diferentes são os fundamentos filosóficos da liberdade de expressão:

As controvérsias, de maneira geral, são oriundas de concepções distintas a respeito dos fundamentos filosóficos da liberdade de expressão, o que acaba por ensejar discussões sobre os objetivos desse direito fundamental e o papel do Estado em sua defesa. Para Tomas Emerson, por exemplo, a liberdade de expressão protege ao menos quatro valores interdependentes, a saber: a) a autonomia individual, b) a melhora do conhecimento e a busca da verdade, c) a participação nas decisões políticas por todos os membros da comunidade e d) a garantia de uma sociedade mais estável e tolerante (SANKIEVICZ, 2011, p. 21).

Na esperança de encontrar os limites ao direito à liberdade de manifestação do pensamento e à livre expressão de ideias e opiniões, que se aproximam dos discursos de ódio, dirigidos, em especial, aos grupos minoritários da sociedade contemporânea, diferentes concepções filosóficas surgem.

Nos moldes liberais, o discurso de ódio pode ser considerado uma manifestação legítima do pensamento, ainda que em prejuízo dos ofendidos. Em contrapartida, quando se adota a afirmação do Estado Social, o Estado se atenta para as reivindicações de movimentos emancipatórios, que objetivam a inclusão social (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 328):

A Liberdade de Expressão, pelo que se observa, passa então a ser tutelada com maior restrição, e o discurso do ódio, por se tratar de manifestação do pensamento com vistas a humilhar e a calar grupos minoritários, passa a ser repudiado e proibido pelos ordenamentos jurídicos, como forma de garantir a expressão das minorias e o exercício da cidadania (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 329).

A regulamentação do discurso de ódio é controversa, divide vertentes igualitárias e libertárias¹¹. O discurso de ódio utiliza de epítetos para estigmatizar determinadas pessoas em razão de raça, gênero, orientação sexuais, ou formas de associação. De um lado, interesses igualitários parecem exigir restrições à liberdade de expressão, pois as expressões ofensivas e insultantes geram segregação social. Por outro viés, os interesses libertários aparentam conter a busca por igualdade. As ideias ofensivas são o preço que se paga para que o direito fundamental à liberdade de expressão seja protegido. O discurso de ódio é abominável, mas a cura pode ser tão maléfica quanto à doença (BRINK, 2016, p. 28).

Flávio Fontenelle Loque, ao analisar a “Carta sobre Tolerância”, escrita por John Locke em 1685 e publicada em 1689, pontuou que, para o filósofo, “os limites à tolerância apenas se justificam tendo em vista o que ameaça a sociedade enquanto organização política” (FONTENELLE LOQUE, 2019, p. 12). John Locke procurou distinguir as finalidades do Estado e da Igreja. Para John Locke, “A tolerância diante daqueles que têm opiniões diferentes em matéria religiosa é tão condizente com o Evangelho e com a razão que parece monstruoso que os homens fiquem cegos em tão clara luz”¹²(LOCKE, 2019, p. 37).

Numa análise fria, tolerar os discursos odiosos parece ser incompatível com

um país que tenha como fundamento a dignidade da pessoa humana. No âmbito jurídico europeu, essa questão ganhou ainda mais relevância após as experiências com o Holocausto, na Alemanha Nazista, durante a 2ª Guerra Mundial, em razão das trágicas consequências promovidas pelo ódio aos judeus (MEYER-PFLUG, 2009, p. 98). Na visão de Meyer-Pflug, o discurso de ódio poderia se utilizar da teoria revisionista:

O discurso de ódio pode se utilizar também da teoria revisionista. Ela tem por finalidade questionar e até mesmo negar a existência do holocausto, ocorrido durante a 2ª Guerra Mundial. Alguns países entendem que ao questionar a existência dessa barbárie, está-se na realidade, incitando a volta daquele regime e a sua política discriminatória. Pode-se afirmar que após o fim da 2ª Guerra Mundial, na Europa, ganhou força a preocupação dos países em evitar o retorno do antissemitismo. Nesse sentido, passou-se a criminalizar as teorias revisionistas (MEYER-PFLUG, 2009, p. 98).

Brugger divide dois grupos de países, que possuem posições antagônicas quanto à proteção ou proibição do discurso de ódio. Os Estados Unidos da América toleram o “*hate speech*”, ainda que acarrete custos consideráveis para a dignidade, honra ou igualdade dos atacados. Já a Alemanha, por motivos históricos, não identifica um discurso de ódio propriamente dito. Enxerga mais ódio do que um mero discurso, e assim, nega uma primazia genérica da liberdade de expressão com relação à tutela da dignidade, honra, civilidade, igualdade e paz pública (BRUGGER, 2007, p. 181).

Em seu artigo “Discurso de Ódio na Jurisprudência Constitucional: uma análise comparativa”, Michel Rosenfeld (2001, p. 54) aponta que, por um lado, a tolerância ao discurso de ódio em um país em que a democracia tenha sido solidamente fortificada, desde a independência há mais de cem anos, a mensagem transmitida é de confiança contra as perspectivas daqueles que se esforçam para espalhar o ódio. Por outro lado, a tolerância de ódio em um país com sérias e duras questões de relações raciais pode reforçar o racismo e dificultar a integração das vítimas na comunidade.

Restrito ao âmbito interno, o discurso de ódio não tem grande relevância

para o direito. Por outro lado, se exteriorizado, essa variável da liberdade de expressão tem repercussões na esfera jurídica e ofende outros direitos, igualmente fundamentais, de indivíduos ou de uma coletividade.

A maioria das Constituições garante a liberdade de consciência e de crença. Desse modo, tecer ideologias não constitui crime. Mesmo que resulte em determinadas ações, o discurso de ódio permanece no campo das ideias, são apenas palavras. Ideias e opiniões contrárias devem conviver pacificamente.

O grande problema é identificar o discurso de ódio, pois a incitação ao ódio, ou a discriminação podem ocorrer de forma implícita, por meio de mensagens subliminares. É uma agressão velada que dificulta o combate, mas nem por isso deixa de ferir o direito das vítimas a que se destinam. O desafio estatal e para a sociedade é permitir a liberdade de expressão sem gerar um estado de intolerância (MEYER-PFLUG, 2009, p. 99):

O grande desafio que se apresenta ao Estado e para a própria sociedade é permitir a liberdade de expressão sem que isso possa gerar um estado de intolerância, ou acarrete prejuízos irreparáveis para a dignidade da pessoa humana e também para igualdade. É necessário favorecer a tolerância, que é uma consequência direta da liberdade e, portanto, exclui, a aplicação da força e da irracionalidade como critérios, bem como se deve incentivar o pluralismo (MEYER-PFLUG, 2009, p. 99).

A liberdade de expressão, além de assegurar a liberdade moral para a livre expressão do pensamento, ideologia ou religião, tem a função de criar uma sociedade efetivamente pluralista, onde haja igual direito de efetiva participação política de todos os membros da comunidade no sistema de construção de direitos: “É a garantia constitucional de que o cidadão brasileiro, nos discursos realizados nos principais fóruns de discussão da democracia contemporânea, tem um papel maior do que o de mero espectador” (SANKIEVICZ, 2011, p. 48).

Existem verdades incontestáveis que justifiquem uma limitação da liberdade individual de expressão? Na vertente seguida por Samantha Meyer-Pflug, não, pois qualquer tema deve ser passível de discussão: “Não há negar-se que uma ideia, por mais absurda que seja possa ser verdadeira, ou conter uma parcela de

verdade. Nenhuma opinião ou ideia é infalível” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 100).

Não se deve confundir o discurso de ódio com o insulto individual, ou difamação de determinada pessoa. Meyer-Pflug propõe a seguinte reflexão:

A simples proibição da manifestação do discurso de ódio não pode levar a uma reação contrária, ou seja, gerar mais ódio e discriminação em relação àquele grupo, pois ele normalmente é destinado a grupos que são historicamente discriminados. Poderia tal decisão fomentar ainda mais a difusão do discurso de ódio? Segundo Michel Rosenfeld ao se proibir o discurso de ódio, combate-se o discurso do ódio que representa o intolerante, uma atitude intolerante, o que só pode gerar mais intolerância (MEYER-PFLUG, 2009, p. 102).

A controvérsia de opiniões é fundamental para fortalecer o debate democrático. Não há ideia que não seja passível de falhas. Ao discorrer sobre John Stuart Mill, Ronald Dworkin aponta que Mill sugeriu que, por meio da liberdade, quando a sociedade tolera o mercado de ideias, se tem maiores chances de se descobrir a verdade. Facilmente, a liberdade individual seria extremamente restringida se ninguém tivesse autorização de fazer nada que a outra pessoa julgasse como ultrajante (DWORKIN, 2001, p. 500-505).

Ronald Dworkin corrobora com as premissas de Mill e aponta que a liberdade de expressão além de permitida, deve ser protegida e incentivada:

A ideia básica, à qual Mill vinculou o modelo do mercado, continua a ser uma ideia correta e profunda: a de que não conhecemos antecipadamente que desenvolvimentos sociais, morais, intelectuais se revelarão possíveis, necessários ou desejáveis para os seres humanos e o seu futuro, e que a livre expressão, intelectual e artística – algo que seja preciso incentivar, proteger, além de simplesmente permitir –, é essencial para o desenvolvimento humano, como um processo que não apenas acontece (de uma forma ou de outra, acontecerá de qualquer jeito), mas, tanto, quanto possível, é compreendido racionalmente. A livre expressão é essencial não apenas como meio para o desenvolvimento humano, mas como parte dele. Como os seres humanos não estão apenas sujeitos à sua história, mas aspiram ter consciência dela, o desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e da humanidade em geral é um processo adequadamente constituído em parte pela livre expressão e pelo intercâmbio da comunicação humana (DWORKIN, 2001, p. 500).

John Stuart Mill, com base em quatro fundamentos distintos, assevera que a liberdade de expressar opiniões é necessária para o bem estar mental da humanidade. O primeiro fundamento é o de que, ainda que uma opinião seja propensa ao silêncio, pode ser verdadeira. “Negar isso é pressupor a nossa

própria infalibilidade” (MILL, 2011, p. 55).

Mesmo que a opinião silenciada esteja errada, não significa que não tenha uma porção de verdade. Para Mill, é isso que frequentemente acontece:

Em segundo lugar, embora a opinião silenciada esteja errada, pode conter uma porção de verdade, o que frequentemente acontece; e dado que a opinião geral ou prevalecente sobre qualquer assunto raramente ou nunca constitui a verdade por inteiro, é apenas através do conflito de opiniões opostas que o resto da verdade tem alguma hipótese de virão de cima (MILL, 2011, p. 55).

O terceiro fundamento é que a opinião dominante mesmo que seja totalmente verdadeira, se não for contestada será mantida como preconceito. A maior parte aceitará essa opinião com pouca compreensão e sem questionar os fundamentos racionais. Por fim, em quarto lugar, essa opinião pode se tornar um dogma, “uma mera crença formal, ineficaz para o bem, mas que estorva os fundamentos, e impede o aparecimento de qualquer convicção real e sentida a partir da razão ou da experiência pessoal” (MILL, 2011, p. 55).

A humanidade é falível, dizia Mill. Na maioria das vezes, as verdades são meias verdades. A uniformidade de opiniões não é desejável. Precisa ser resultado de plena e livre comparação de ideias antagônicas. A diversidade é um bem, ou melhor, um princípio aplicável às condutas e às opiniões pessoais (MILL, 2011, p. 58). É desejável que a humanidade tenha capacidade para reconhecer todos os lados de uma mesma verdade:

Já que é útil que enquanto a humanidade for imperfeita haja opiniões diferentes, também o é que deva haver diferentes experiências de vida; que se dê completa liberdade para que haja diferentes tipos de caráter, desde que não se cause dano a outros; e que o valor de diferentes modos de vida seja provado na prática, quando alguém quiser experimentá-los (MILL, 2011, p. 58).

A democracia é espaço de pluralidades. É possível mudar de ideias e “fugir” de dogmatismos a partir do diálogo e da tolerância, por mais desconfortante que seja desconstruir crenças e conviver com opiniões contrárias. Suprimir e restringir o debate público pode levar ao cerceamento de boas ideias.

3.1 PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO E RACISMO

O discurso de ódio é considerado instrumento de incitação ao racismo, à discriminação e ao preconceito. Quase sempre, a razão do ódio ou da discriminação pode ser a raça, a religião, o gênero ou a orientação sexual.

Usualmente, a liberdade de expressão não está incluída entre os direitos de personalidade: “Isso porque, também aqui, o embate se dá historicamente não entre os próprios particulares, mas entre eles e o Estado”, ensina Anderson Schreiber (2013, p. 240). O Brasil é marcado pela censura estatal, que perdurou no período do absolutismo monárquico e se reinventou durante a ditadura Vargas e no regime militar. Por isso, a liberdade de expressão é, antes de tudo, um direito contra a intervenção do Estado. De igual modo, além da não interferência no campo das liberdades de expressões, cabe ao Estado garantir o pluralismo no debate público, com o propósito de evitar que o exercício do direito à liberdade de expressão se transforme em arma contra outros direitos fundamentais, que a CR/1988 tutela de maneira idêntica (SCHREIBER, 2013, p. 240/242).

Logo, é necessário analisar a proteção constitucional e infraconstitucional que veda as práticas de racismo e discriminação para, assim, verificar se o discurso de ódio é mesmo uma forma de incitação à violência; ou está tão somente no campo das ideias; talvez se diferencie das práticas de racismo e discriminação; se está vedado no ordenamento jurídico brasileiro ou se é protegido pelo direito à liberdade de expressão.

Liberdade alguma pode ser exercida de forma ilimitada, ainda que o ordenamento jurídico seja silente em determinadas situações. A escolha do indivíduo que ultrapasse os limites da autodeterminação poderá sofrer repressão estatal. Ainda que a liberdade de manifestação do pensamento esteja assegurada pela Constituição não está permitido cometer calúnia, injúria ou difamação (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 334).

O direito penal brasileiro pune determinadas condutas motivadas por preconceito e intolerância, com fundamento no apoio à pacificação social. O princípio constitucional da intervenção penal mínima objetiva a reconciliação entre violência punitiva e a garantia dos direitos fundamentais. A persecução penal deve incidir apenas nos casos de inexistência de outros meios aptos a responder às situações (LOPES, 2008, p. 3052).

A Lei nº 7.716, publicada em 05 de janeiro de 1989, define “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional” (BRASIL, 1989). Mais ainda, a Constituição brasileira dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI), em seguida, prevê a prática de racismo como crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII) (BRASIL, 1988). Quais seriam as definições de preconceito, discriminação e racismo que poderiam ser enquadradas nesses diplomas?

3.1.1 Preconceito

Preconceito pode ser entendido como opinião emitida sem juízo crítico e ausente de dados objetivos. O preconceito, por ser incorrigível, é mais perigoso no aspecto social, do que em situações em que os indivíduos consideram um fato como verdadeiro, porque foram induzidos a cometer tal equívoco. Ou seja, é mais difícil de ser extirpado, nasce da ignorância, da falta de informações, do medo e da desconfiança em relação ao diferente e desconhecido (MEYER-PFLUG, 2009, p. 104 e 105).

O preconceito pertence à esfera das ideias que não se submetem ao controle daquilo considerado como racional. É um conjunto de ideias acríticas, que são aceitas de forma passiva, seja por tradição, costumes ou temor:

O pertencimento à esfera das ideias que não aceitam se submeter ao controle da razão serve para distinguir o preconceito de qualquer outra forma de opinião errônea. O preconceito é uma opinião errônea tomada fortemente por verdadeira, mas nem toda opinião errônea pode ser

considerada um preconceito (BOBBIO, 2002, p. 103).

Todo ser humano está sujeito a cometer erros ou ter ideias errôneas. Isso pode acontecer por mera ignorância, desconhecimento, falta de cultura, experiência ou prática. Tais erros podem ser corrigidos por meio da aquisição do conhecimento, incentivo ao raciocínio ou a aprendizagem com a experiência. Para Norberto Bobbio (2002, p. 104), todas as formas de erros que podem ser corrigidos, mediante os recursos da razão e da experiência, se distinguem do preconceito. O preconceito não é corrigível ou pode ser considerado menos facilmente remediável.

A periculosidade se agrava em relação aos preconceitos coletivos. Racismo e xenofobia, que podem nascer tanto da ignorância e da falta de informações, como também do medo. Bobbio (2002, p. 105) classifica o preconceito em duas classes. A primeira delas é o preconceito individual, relacionado com as crenças e superstições, que podem ser consideradas inócuas. O preconceito social se apresenta como o mais temerário dos preconceitos.

Esse preconceito social pode degenerar na violência, gerar incompreensão, rivalidades, desprezos e inimizades. É um juízo distorcido, muitas vezes recíproco entre diferentes grupos.

Geralmente, este juízo distorcido é recíproco, e em ambas as partes é tão mais forte quanto mais intensa é a identificação entre os membros individuais e o próprio grupo. A identificação com o próprio grupo faz que se perceba o outro como diverso, ou mesmo como hostil. Para esta identificação-contraposição contribui precisamente o preconceito, ou seja, o juízo negativo que os membros de um grupo fazem das características do grupo rival (BOBBIO, 2002, p. 105).

Se o medo nasce do temor, da falta de informações e até da ignorância, a proibição pode não ser a melhor maneira de solucionar o problema. É como tratar a consequência sem se preocupar com a causa do embaraço. É preciso educação para combater a origem do pensamento preconceituoso.

Norberto Bobbio abordou temas como moral, direito e política em sua obra “Elogio da serenidade e outros ensaios morais”, e, ao fazer pontuações sobre o preconceito, advertiu que os preconceitos coletivos são inumeráveis, sendo o

preconceito nacional e o preconceito de classe os que são historicamente mais relevantes. Por isso, ele atribui que os grandes conflitos de guerra que marcaram a humanidade são oriundos de divergências entre nações e povos, e também da luta de classes. Isso gera a formação de estereótipos, ou clichês, sobre determinados grupos. Há diferenças no modo como um povo vê a si mesmo e no modo como ele é visto por outras nações. A semelhança é que ambos os modos são constituídos por ideias fixas e generalizações superficiais (BOBBIO, 2002, p. 106).

Cada nação se reconhece de acordo com sua cultura, seus hábitos, crenças, modos e costumes. Daí, o significado: “grupo de pessoas que estão ligadas por uma mesma religião, ou por possuírem costumes, origens, tradições em comum” (DICIO, 2020, n.p.). O desejo das nações, em muitas das vezes, é eliminar os elementos antagônicos.

O preconceito de classe é histórico, para Bobbio (2002, p. 106), e se trata de um dado da experiência comum. Segundo ele, o conflito de classes nasce do preconceito. Não só do preconceito. Nasce ainda da contraposição real entre proprietários dos meios de produção e os detentores da força de trabalho. “Mas não há dúvida de que o conflito é reforçado pelo preconceito, mediante o qual as duas classes contrapostas se atribuem reciprocamente apenas características negativas” (BOBBIO, 2002, p. 106).

A discriminação, por sua vez, é uma das consequências do preconceito. É uma espécie de preconceito coletivo. A palavra foi difundida após a campanha racial nazista e também fascista contra os judeus, que foram considerados como um grupo de “raça inferior” em relação ao grupo dominante. O argumento da superioridade foi base da manutenção da escravidão e do surgimento do Holocausto.

3.1.2 Discriminação

Discriminação é qualquer coisa a mais do que a diferença ou distinção, pois é sempre usada de forma pejorativa. É a distinção entre pessoas com o intuito de causar segregação.

É uma diferenciação injusta ou ilegítima, que vai de encontro com o princípio fundamental de justiça, segundo o qual os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida da sua desigualdade (BOBBIO, 2002, p. 107).

A discriminação se desenvolve em diferentes fases. Tem origem em mero juízo de fato, ou seja, na constatação da diferença entre homens e homens, mulheres e mulheres, homens e mulheres, entre grupos e grupos. No entanto, ainda não há juízo discriminante, propriamente dito, visto que os seres humanos realmente não são iguais. O juízo discriminante, por sua vez, necessita de um juízo ulterior, não mais de fato, mas de valor. Um grupo é considerado bom e o outro mau (BOBBIO, 2002, p. 108).

A constatação de que as pessoas são diferentes é fato sustentado por critérios objetivos, biológicos, químicos, físicos, fisiológicos e psicológicos. Outra coisa é sustentar que existem grupos ou pessoas superiores às outras.

Os critérios valorativos são relativos, historicamente e subjetivamente condicionados. É na odiosa discriminação racial que o intercâmbio entre o juízo de fato e o juízo de valor ocorre habitualmente. A discriminação começa quando o limite do juízo de fato é ultrapassado, atingindo um critério acrítico no âmbito de certo grupo que se apoia na força da tradição ou em autoridades reconhecidas, como Hitler (BOBBIO, 2002, p. 108).

Um indivíduo pode se considerar superior a outro e disso não se ter implicação alguma. Para que a discriminação tenha efetivamente consequências negativas, da relação superior com inferior, além do dever de ajudar do ser superior, deriva-se a ideia de que a parte inferior pode ser suprimida pelo superior. É desse modo de relacionamento que surgem as aberrações destrutivas

das formas de discriminação (BOBBIO, 2002, p. 109).

Não obstante a forma de discriminação racial seja o maior exemplo, não é única. A discriminação pode ocorrer em relação às opiniões públicas e políticas, ao sexo, ao gênero, religião, etnia, fatores sociais e condições pessoais. Surge, assim, a tarefa do Estado de proteger as minorias.

No entanto não se poder perder de vista que qualquer legislação nessa área deve vir no sentido de preservar a identidade cultural de cada povo e não sufocá-la, de modo a inseri-la nos padrões adotados pela maioria, pois ao assim proceder estar-se-á apenas mascarando uma realidade, e as razões do preconceito e da discriminação ainda subsistirão. Deve-se buscar uma convivência adequada entre as etnias, ou melhor, entre os diversos grupos sociais. Surge a necessidade de ser preservar o “direito a diferença” que é um direito humano individual e subjetivo e decorrência da própria “razão crítica” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 110/111).

Há violação direta à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, quando determinado grupo é tratado de modo desigual por mero “capricho” de parcela da população, que crê na inferioridade desse grupo. Isso é, claramente, uma situação de discriminação.

Um Estado Democrático presume-se pluralista, e que viva desse pluralismo. “A discriminação repousa sobre a observação de uma diversidade ou desigualdade entre indivíduo e indivíduo, entre grupo e grupo” (BOBBIO, 2002, p. 112). A simples constatação da diferença entre grupos não legitima a discriminação. A igualdade e a discriminação flutuam entre a inclusão e a exclusão.

3.1.3 Racismo

A noção de raça serviu de justificativa para as práticas de colonização e escravidão. Se considerada como categoria analítica, a ideia de raça é capaz de desvelar muitas formas de exercício de poder opressivo (ZAMORA, 2012, p. 564). O poder imperialista foi exercido, nos séculos XVIII e XIX, baseado na “racionalização”. Ao tratar sobre “Igualdade e Liberdade”, Bobbio filosofa que, embora os homens prefiram ser livres do que escravos, uma sociedade de iguais é

mera imaginação, é hipotético:

Os homens desejam mais ser livres do que escravos, mas também preferem mandar a obedecer. O homem ama a igualdade, mas ama também a hierarquia quando está situado em seus graus mais elevados. Contudo, existe uma diferença entre os valores da liberdade e da igualdade e aqueles do poder e da hierarquia (BOBBIO, 1997, p. 9).

A definição jurídica do termo “racismo” depende da conjunção de fatores sociais, históricos e políticos. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não há subdivisões biológicas da espécie humana. Entendeu, ainda, que essa divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social¹³.

Nos termos da Constituição da República, a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII). No julgamento do Caso Ellwanger, que será tratado de maneira mais detalhada no Capítulo 06, o Ministro Carlos Velloso assim definiu: “Racismo, portanto, é comportamento preconceituoso, hostil, relativamente a grupos humanos, a pessoas, em razão, por exemplo, da cor de sua pele ou de sua religião” (BRASIL, 2004, p. 10)¹⁴.

Quando do julgamento do conhecido Caso Ellwanger, o *Habeas Corpus* 82.424, do Rio Grande do Sul, decidiu-se que o crime de racismo é demonstrado pela simples utilização de estigmas que atentem contra os princípios no quais a sociedade humana se organiza para a pacífica convivência no meio social. Nessa decisão, ficou reconhecido que a edição e publicação de obras veiculando ideias antissemitas equivalem à incitação com acentuado conteúdo racista, pois procura dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos, como o holocausto (BRASIL, 2004, p. 1-3).

O racismo tenta justificar as diferenças culturais e socioeconômicas entre negros e brancos, legitima as diferenças sociais a partir de supostas diferenças biológicas. Racismo é a ideia de que algumas raças são inferiores a outras, cominando em desigualdades sociais, culturais, políticas e até mesmo

psicológicas (ZAMORA, 2012, p. 565). Daí, a importância de se esclarecer a comprovação científica da inexistência de raças:

A comprovação científica da inexistência de raças é de extrema importância para o combate do racismo, uma vez que as políticas racistas faziam uso dos argumentos científicos para justificar a superioridade de uma raça sobre a outra. Foi o que aconteceu com o regime nazista que fazia uso de argumentos científicos para comprovar a superioridade da raça ariana tida como “raça pura” sobre as demais, que deveriam ser escravizadas e exterminadas. **Kevin Boyle esclarece que após a descoberta do genoma humano, que demonstrou cientificamente a inexistência de raças, os autores do discurso de ódio têm se utilizado em suas manifestações de enfatizar “diferenças culturais e irreconciliáveis” para justificar suas ideias** (MEYER-PFLUG, 2009, p. 116)¹⁵.

A dominação de determinado grupo sobre outro é legitimada pelo racismo. É transformar a história em dominantes vencedores, como ocorreu com a escravidão dos negros. Essa forma de opressão também ocorre com os imigrantes. A xenofobia, assim como o racismo, procede das diferenças culturais.

O racismo é uma ideologia, por meio da qual, admite-se que pessoas com certos traços raciais, como as peles escuras, são inferiores, e isso explicaria sua posição desvantajosa na sociedade. Além do racismo psicológico, são empregadas as formas de discriminação direta, a violência e o extermínio (ZAMORA, 2012, p. 565/566).

Com efeito, por mais difícil que possa ser conceituar “a dignidade da pessoa humana”, *a contrario sensu*, é perfeitamente possível identificar quais atos são considerados uma afronta à dignidade da pessoa humana. O racismo é uma dessas ações. “Estão ainda frescos em nossa memória os frutos de ideologias como o nazismo, o fascismo, o marxismo, ou ainda de certos mitos como a superioridade racial, o nacionalismo e o particularismo étnico” (RODRIGUES JUNIOR, 2008, p. 45).

Com as cicatrizes históricas do pós-guerra, o direito internacional se preocupou em combater as práticas racistas e discriminatórias. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, foi redigida no contexto relacionado com os eventos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, fortaleceu a tríade defendida na Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade. É resultado de um processo ético, que teve início com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Destarte, reconheceu-se a igualdade como essencial a todo ser humano e como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem social ou classe econômica. Inegavelmente, o reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível após o término da mais desumanizadora guerra da história mundial. A ideia de superioridade de uma raça, de uma religião, classe social ou cultura, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência humana (COMPARATO, 2003, p. 137).

Além de considerar a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, a Constituição de 1988 traz outros artigos que visam combater o racismo e outras formas de discriminação. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República, prevista, desde logo, no artigo 3º, III. É objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Nas relações internacionais, o Brasil é regido pelo princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III) (BRASIL, 1988).

No âmbito infralegal, a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. O diploma legal sofreu alteração em maio de 1997, e passou a prever que se qualquer dos crimes de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, for cometido por intermédio dos meios de comunicação ou publicação de qualquer natureza, pode ser punido com reclusão de dois a cinco anos, e multa (art. 20, § 2º) (BRASIL, 1989). Em 2019, o Pleno do Supremo Tribunal Federal enquadrrou a homofobia e a transfobia como crimes

de racismo, ao reconhecer a omissão legislativa, até que o Congresso Nacional edite lei específica¹⁶(BRASIL, 2019).

As constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas de discriminação: sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. É a Constituição vigente a mais abrangente na condenação dos desníveis entre as pessoas, pois confere igualdade perante a lei, “sem distinções de qualquer natureza” (SILVA, 2014, p. 226).

O discurso de ódio, muitas vezes, possui conteúdo racista, preconceituoso e discriminatório, o que poderia levar à sua proibição. Questiona-se o exercício da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento abarcaria tais discursos. Para isso, é necessário entender a dignidade da pessoa humana, que pode ser considerada como uma limitadora expressa de alguns direitos fundamentais.

“Quem não tem preconceitos que atire a primeira pedra. Devemos ter muita cautela ao combater os preconceitos dos outros. Muitas vezes combatemos um preconceito com outro preconceito” (BOBBIO, 2002, p. 122).

As reais razões do racismo devem ser levadas em conta. É mais importante entender o racismo do que condená-lo. Isso pode até ser uma tarefa fácil, tendo em vista ser o racismo mal afamado, e ninguém se declara publicamente como racista. Se por racismo se entende uma atitude de desconfiança em relação ao outro, e especialmente para com o outro que intervém de forma inesperada, há um pouco de racismo em cada indivíduo. O moralismo barato, normalmente, é hipócrita. Somente entendendo as razões do racismo será possível corrigi-lo e, em último caso, até eliminá-lo (BOBBIO, 2012, p. 122).

O racismo não cai do céu, não é uma atitude que se manifeste fora de certas circunstâncias. Não se é racista em geral, em abstrato, com relação a todos os que são diferentes. Diante de certos grupos, podemos ter atitudes de indiferença e em alguns casos também de simpatia ou admiração. A condição preliminar para que surja uma atitude ou um comportamento racista é a entrada em contato direto com o outro, ou melhor, com os outros. O racismo se dirige não tanto para a pessoa singular, diante da qual se pode ter sentimentos de ódio, desprezo ou

aversão, quanto para um grupo, ou para um indivíduo pertencente a um grupo (BOBBIO, 2012, p. 123).

É evidente que há diferenças entre homens e mulheres; homens e homens; mulheres e mulheres; adultos e crianças. Conviver é compartilhar e aceitar as diferenças. O convívio social é essencial para a vida humana. Acabar com o preconceito e com a discriminação não é tarefa fácil, ainda que o sistema jurídico proíba tais atos, eles não deixam de existir. Novas formas de preconceito e discriminação surgem, por mais que algumas sejam extintas. Exclusivamente por meio da educação, informação e esclarecimentos, é possível minar essas ideias e valores equivocados enraizados no seio da sociedade. É finalidade estatal primar pela tolerância e pela solidariedade.

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A “dignidade da pessoa humana” é um conceito jurídico indeterminado, apesar de ser considerada também como valor supremo e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CR/1988). Consagrada expressamente na Constituição da República de 1988, a “dignidade da pessoa humana” deve servir como razão para a decisão de casos concretos e, principalmente, como diretriz para elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem o ordenamento jurídico, em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular (NOVELINO, 2020, p. 293).

A Constituição de 1988, ao longo dos seus artigos, busca conferir conteúdo normativo ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Unicamente com existência digna o indivíduo será capaz de autodeterminar e fazer escolhas livres. Por isso, a CR/1988 assegura que a ordem econômica tem como fim garantir a todos a vivência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170). Mais a mais, a ordem social tem como objetivo o bem estar e a justiça social (art. 193); é dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, assegurar

sua participação na sociedade e defender sua dignidade (art. 230) (BRASIL, 1988).

A dignidade é, sobretudo, qualidade intrínseca do ser humano e não apenas um direito conferido pelo ordenamento jurídico. Após as tragédias ocasionadas pela Segunda Guerra Mundial, os tratados e convenções internacionais procuraram dar maior ênfase à dignidade da pessoa humana. Os prisioneiros, ao darem entrada, nos campos de concentração nazistas, perdiam não só a liberdade e o contato com o mundo exterior. Eles eram esvaziados de suas próprias personalidades, sendo tratados como coisas. Não tinham sequer direito ao nome, eram reconhecidos por números. Sem razões e sentimentos, todas as energias eram voltadas na luta contra a fome, a dor e a exaustão (COMPARATO, 2003, p. 17).

O discurso de ódio possui caráter provocador e, claramente, entra em conflito com a dignidade da pessoa humana, considerada de modo individual e ou de um grupo. A tarefa de conceituar de modo axiológico a dignidade da pessoa humana possui inúmeros óbices. No entanto, é possível identificar as hipóteses de violação à dignidade humana.

A história, ainda recente na memória, expôs o perigo da abjeção da dignidade da pessoa humana. Milhões de pessoas morreram vítimas do nazismo, do fascismo, do comunismo, derivados de certas concepções de superioridade racial e étnica. O que é dotado de dignidade não possui um preço, é indisponível e inestimável. Dessa forma, Kant (1992, p. 77) distinguiu: “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Ao estar consagrada como fundamento do Estado Brasileiro, a dignidade da pessoa humana impõe aos poderes públicos deveres de respeito, proteção e

promoção dos meios necessários a uma vida digna. Há relação de mútua dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. A dignidade só é respeitada e promovida por meio da existência dos direitos fundamentais. Ou seja, a dignidade é, concomitantemente, o fundamento, a origem e o ponto em comum entre os direitos fundamentais (NOVELINO, 2020, p. 295 – 297).

A dignidade da pessoa humana possui caráter absoluto no sentido de não existirem pessoas mais dignas ou menos dignas do que as outras, isto é, não possui gradações. Porém, não é um princípio absoluto. “Apesar de ter um peso elevado na ponderação, o seu cumprimento, assim como o de todos os demais princípios, ocorre em diferentes graus, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (NOVELINO, 2020, p. 294).

A dignidade impõe que o ser humano seja tratado como um fim em si, e não como meio para consecução de determinado resultado. Por esse motivo, todo ser humano tem dignidade, e não um preço. Cada ser humano, em sua individualidade, é insubstituível, não tem equivalente, outro de mesma espécie, gênero e quantidade, não pode ser trocado por coisa alguma (COMPARATO, 2003, p. 16).

A vida, a igualdade e a liberdade decorrem de forma direta da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a liberdade de expressão é primordial para a efetivação dos demais direitos e dignidade da pessoa humana constitui um limite ao exercício abusivo dos outros direitos constitucionais assegurados.

Não há dúvidas de que a discriminação e a desigualdade são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e com o fortalecimento das democracias. Nesse sentido, o que se propõe não é uma defesa do discurso de ódio. É evidente a necessidade de combater, evitar, quiçá eliminar, as ideias odiosas. O questionamento é em relação ao tratamento jurídico conferido ao discurso de ódio, as formas de prevenção e combate às manifestações repulsivas.

A solução tem caminhado da proibição absoluta à completa permissão, no entanto, em ambos os casos a dignidade continua sendo afrontada. Tem de se ir às raízes do problema para que esse discurso não mais aflore dentro da sociedade, o fato de se proibi-lo não impede que seus autores continuem com as suas ideias e opiniões racistas, xenófobas e discriminatórias, que sempre procurarão um meio para virem à tona (MEYER-PFLUG, 2009, p. 129).

A ideologia “nós contra os eles”, “direita contra a esquerda”, “homens contra mulheres”, “negros contra brancos”, gera intolerância, se torna uma narrativa extremista, que enfraquece o debate público e plural, ao preconizar soluções radicais para os problemas sociais.

Pensar a dignidade humana se exige ir além de conceitos jurídicos. Por isso, em “A Filosofia da Dignidade Humana: a contribuição do alto medievo”, Karine Salgado faz um retrospecto histórico e filosófico da contribuição da Modernidade para conceituar a dignidade da pessoa humana, de acordo com a cultura ocidental e como ela se apresenta na atualidade (SALGADO, 2009, p. 9).

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana, embora tenha nascido na Modernidade, não é exclusividade desse período. Antes do Cristianismo, na Antiguidade, a sociedade já buscava, nas noções de liberdade, as revelações sobre destino e implicações na vida humana. Aos poucos, as ideias de destinos são substituídas por explicações racionais (SALGADO, 2009, p. 72).

A liberdade é o ponto essencial para conceituar dignidade da pessoa humana: “Tomando-se um conceito de dignidade humana que tem como elemento central, atribuidor de valor, a racionalidade e a capacidade de ser livre a partir dela, é fundamental que se percorra todo o desenvolvimento de liberdade na mente medieval” (SALGADO, 2009, p. 73).

Karine Salgado relaciona a questão da dignidade humana com a ideia de liberdade: “A ideia de liberdade é tipicamente ocidental e determina a forma de pensar, de se comportar e de se definir o homem ao longo da história, isto é, ao longo da própria definição de liberdade” (SALGADO, 2009, p. 69).

A liberdade surge nos textos bíblicos, sem uma definição uniforme. Há passagens em que a Bíblia parece, inclusive, negar a liberdade, sob o pretexto de

uma vontade divina e também como ausência de autonomia humana. É nesse sentido que Karine Salgado chama atenção para que nem mesmo na Bíblia a liberdade pode ser usufruída sem responsabilizações: “A ideia do pecado pressupõe a liberdade como elemento essencial, sem o qual não pode haver responsabilização e, conseqüentemente, não pode haver redenção” (SALGADO, 2009, p. 74).

O Cristianismo é elemento essencial da formação cultural ocidental, e promoveu uma valorização universal do homem. Assim, Karine Salgado procura demonstrar a contribuição medieval, cujo pensamento é permeado pelo Cristianismo, do conceito de dignidade da pessoa humana, para além da esfera jurídica (SALGADO, 2009, p. 15-18). Desse modo, conceitua-se a dignidade humana:

Entende-se a dignidade humana como uma expressão tipicamente moderna que exprime o valor inquantificável do ser humano, a sua natureza de fim em si mesmo, natureza que, por sua vez, exige um tratamento compatível com o seu valor, que será posterior e gradativamente garantido e efetivado através de direitos que, justamente por tutelarem o homem em sua dignidade, recebe o nome de fundamentais. A dignidade humana permite uma visão absolutamente universal do homem, prescindindo de qualquer outra qualificação como raça, religião ou atuação político-social. Ela se funda exclusivamente na própria natureza humana de ser racional, volta-se a ela totalmente e para todo o potencial que ela permite ao homem de desprendimento de esfera puramente natural e afirmação como ser livre (SALGADO, 2009, 13/14).

Ao pregarem o pluralismo político enquanto fundamento, as sociedades requerem o respeito pelas diversidades e pelas liberdades. Ser tolerante é uma virtude e uma atitude complexa. “A tolerância requer de nós aceitar as pessoas e consentir suas práticas mesmo quando as desaprovamos fortemente. Tolerância então envolve uma atitude intermediária entre a absoluta aceitação e a oposição imoderada” (SCANLON, 2009, p. 31). As pessoas, naturalmente, divergem entre si, seja sobre assuntos políticos, religiosos, esportivos ou efemeridades do dia a dia. Isso é viver em sociedade! Requer tolerância, e a tolerância é uma atitude complexa.

-
- 11 “Em termos genéricos, e correndo o risco da simplificação excessiva, há duas grandes concepções sobre liberdades de expressão e de imprensa no pensamento norte-americano: (I) a *teoria libertária*, centrada na figura do autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista ou qualquer outro sujeito que realize atividade expressiva de ideias; tal teoria prega que as garantias da Primeira Emenda visam proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. [...] (II) a *teoria democrática*, que vê a Primeira Emenda essencialmente como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre assuntos de interesse geral e, desse modo, estejam aptos a formar livremente a sua convicção; tal teoria coloca a figura do destinatário da mensagem no centro da gravidade das liberdades de expressão e de imprensa” (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 5 e 6).
- 12 Em latim: “tolerantia eorum qui de rebus religionis diversa sentiunt Evangelio et rationi adeo consona est, ut monstro simile videatur homines in tam clara luce caecutire” (LOCKE, 2019, p. 36).
- 13 STF – HABEAS CORPUS 82.424/RS – RIO GRANDE DO SUL HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...] 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. [...] 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica [...] (BRASIL, 2004).
- 14 Continuou o Ministro Carlos Velloso: “Bem acentua Celso Laffer, os judeus não são uma raça. Como não são uma raça os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos humanos. O racismo constitui-se no atribuir a seres humanos características “raciais” para instaurar a desigualdade e a discriminação” (BRASIL, 2004, p. 10).
- 15 Nicholas Wade, em “Uma Herança Incômoda”, defende a existência de raças humanas que, inclusive, explicariam parte das diferenças de desenvolvimento entre os povos: “As raças são uma escala no caminho ao longo do qual a evolução gera novas espécies. O ambiente muda o tempo todo e os organismos perecerão, ao menos que de adaptem. [...] Os seres humanos não foram isentos desse processo. Se a diferenciação humana continuasse no mesmo ritmo dos últimos 50 mil anos, uma ou mais raças hoje existentes poderiam em um futuro distante desenvolver-se em uma espécie diferente. [...] As raças se desenvolvem dentro de uma espécie e facilmente refundem-se nela. Todas as raças humanas, até onde se sabe, têm o mesmo conjunto de genes. Cada gene, no entanto, vem em um conjunto de sabores diferentes, ou de formas alternativas, denominadas alelos pelos cientistas. Pode-se supor que as raças diferem por ter alelos diferentes de diversos genes. Contudo, ainda que exista um punhado desses alelos que definem a raça, a base de uma raça está em grande parte em algo ainda mais tênue: uma diferença na relativa difusão, ou frequência, de alelos. [...] As raças são, portanto, muito dinâmicas, porque as frequências de alelos de que elas dependem mudam o tempo inteiro. (WADE, 2016, p. 93/94).

- 16 STF – ADO 26/DF - Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”); [...] (BRASIL, 2019).

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Decerto, o país que confere a maior importância para a liberdade de expressão é os Estados Unidos da América. Robert Sedler, no artigo “Um Ensaio sobre a Liberdade de Expressão: Os Estados Unidos versus o resto do mundo”, esclarece que a forte proteção constitucional para a liberdade de expressão é um valor humanista americano, produto da própria história e experiência. Faz parte da cultura americana. Uma preocupação para com os valores humanitários justificaria proteger “más ideias” e “discurso prejudicial” ao invés de restringi-los. Do mesmo modo, outras nações, com histórias diversas podem ser compreensivelmente menos protetoras da liberdade de expressão (SEDLER, 2016, p. 89).

Os Estados Unidos da América apresentam complexo modelo para avaliação dos casos envolvendo a liberdade de expressão, enquanto direito assegurado pela Constituição de 1787.

A garantia da liberdade de expressão, nos Estados Unidos da América, foi incorporada à Constituição na Primeira Emenda, ratificada em 1791. Por meio do texto constitucional, o Congresso é impedido de infringir seis direitos fundamentais: não é permitido estabelecer uma religião oficial; proibir o livre exercício da religião; limitar a liberdade de expressão; restringir a liberdade de

imprensa; reprimir o direito de livre associação pacífica e ater o direito de fazer petições ao governo com intuito de reparar agravos.

A linguagem da Primeira Emenda é extremamente ampla e abstrata, mas é também um princípio moral de decência e justiça. É o cerne da Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos EUA e guardião da democracia. Ensina Ronald Dworkin:

A Primeira Emenda, por exemplo, reconhece um princípio moral - o princípio de que é errado que o governo censure ou controle o que os cidadãos individuais dizem ou publicam - e o incorpora ao direito norte-americano. Assim, toda vez que surge uma questão constitucional nova ou controversa - a de saber, por exemplo, se a Primeira Emenda autoriza que se elaborem leis contra a pornografia -, as pessoas encarregadas de formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato. Devem decidir se o fundamento verdadeiro do princípio moral de condenação da censura, na forma em que esse princípio foi incorporado ao direito norte-americano, se aplica também ao caso da pornografia (DWORKIN, 2006, p. 2).

Sobre a Suprema Corte estadunidense, Robert Sedler (2016, p. 90) pontuou que ela tem interpretado a garantia da Primeira Emenda de forma expansiva, e que essa proteção constitucional conferida à liberdade de expressão é, provavelmente, a mais forte proteção conferida a qualquer direito individual nos termos da Constituição.

A despeito do caráter abstrato do direito à liberdade de expressão, a Suprema Corte norte-americana construiu um extenso arsenal teórico jurisprudencial, que começou a ser formulado na segunda década do século XX. Esse maior grau de sofisticação, em comparação com outras Cortes Superiores, envolve fatores de aspecto temporal, como os mecanismos do *judicial review* e elementos próprios da *common law*, que estimula a criação de parâmetros e premissas por parte dos julgadores (TERRA, 2016, p. 169).

São mais de duzentos anos de jurisdição constitucional democrática, construída por juízes, políticos, acadêmicos e cidadãos em geral, em constantes tentativas de “elaborar os mais elementares problemas da condição humana por meio de um modelo que poderia ser chamado de razão pública reflexiva”

(BINENBOJM, 2009, p. 228).

O direito constitucional estadunidense lida fundamentalmente com seus próprios conceitos, teorias e limites. Mesmo com a experiência bicentenária, existe uma eterna discussão quanto à legitimidade das decisões judiciais.

Qualquer boa decisão constitucional envolve inevitavelmente uma justificativa de sua própria razão de existir, é dizer, uma discussão sobre o que ela deveria ser, pois o que ela é remanesce sempre uma questão em aberto. Daí que uma decisão do tribunal constitucional é apenas momentaneamente a última voz da razão neste inconcluso debate - um debate “necessariamente sem garantidores e sem fim”, para tomar de empréstimo a imagem utilizada por Claude Lefort. A legitimidade do sistema reside na existência mesma do próprio debate racional, na possibilidade da sua renovação contínua, ainda que ele seja desprovido de certezas e de acesso garantido ao certo, ao justo e ao verdadeiro. (BINENBOJM, 2009, p. 228).

A doutrina da liberdade de expressão nos Estados Unidos tem matiz liberal. A proibição de infringir os direitos às liberdades consagradas na Primeira Emenda não é consentida apenas ao Congresso. O Estado, incluindo o Judiciário, não pode discriminar discursos. A democracia avança na proporção em que os discursos possam ser livres, ainda que o governo discorde das ideias. Explica Fiss:

A Primeira Emenda – quase peremptória em sua simplicidade – é frequentemente tida como a apoteose da postulação clássica do liberalismo de que os poderes do Estado sejam limitados. Ela prevê que “o Congresso não editará qualquer lei limitando a liberdade de expressão, ou imprensa”. A Suprema Corte tem lido esse dispositivo não como uma vedação absoluta à regulação estatal do dispositivo, mas mais no sentido de um comando para delinear a fronteira estreita em torno da autoridade estatal (FISS, 2005, p. 33).

Em *Texas versus Johnson*, numa decisão de cinco votos contra quatro, a Suprema Corte, em 1989, entendeu que a lei texana que proibia a queima de bandeiras dos EUA envolvia uma limitação de conteúdo (*content-based*) à liberdade de expressão. O Senhor *Johnson* não poderia ser condenado por ter ateado fogo à bandeira estadunidense na Convenção do Partido Republicano, como um ato simbólico contra as políticas adotadas por Ronald Reagan. Para o Tribunal, a lei não se dirigia a proteger a integridade física da bandeira, mas reprimia manifestações políticas que se utilizavam desse tipo de expressão na defesa de suas ideias (TERRA, 2016, p. 169).

Entendeu-se que a queima da bandeira estava protegida pela liberdade de expressão, pois essa pode dar-se por palavras, mas também por gestos. O direito de se expressar também protege o emprego das palavras de baixo calão em um discurso, ou até mesmo, o uso de camisetas, bonés, ou qualquer outro meio contendo essas expressões (MEYER-PFLUG, 2009, p. 135).

Por outro lado, cerca de vinte anos antes, a mesma Corte Suprema manteve a condenação de O'Brien, por ter queimado o documento de registro que o identificava como homem apto a servir o exército, em demonstração pública contra a Guerra do Vietnã (TERRA, 2016, p. 169).

Não obstante sejam aparentemente controversas, as duas decisões foram baseadas no mesmo critério para avaliar a constitucionalidade das leis: a restrição de conteúdo. “A distinção entre restrições que afetam o conteúdo do discurso (*content-based*) e aquelas que são neutras em relação ao conteúdo (*content neutral*) é o principal fundamento da doutrina e jurisprudência norte-americana sobre liberdade de expressão” (TERRA, 2016, p. 169).

Em *United States v. O'Brien*, por sua vez, a Suprema Corte entendeu que a lei que proibia a queima de documentos de identificação tinha finalidades não-relacionadas com a supressão de determinados tipos de discurso (tais como, por exemplo, o interesse estatal em manter a possibilidade de identificação das pessoas), sendo, portanto, neutra em sua restrição à liberdade de expressão (TERRA, 2016, p. 169).

Ainda que a Primeira Emenda proporcione amplas proteções à liberdade de expressão, essa proteção não é absoluta. As restrições podem existir envolvendo a neutralidade do conteúdo, ou seja, delimitações de tempo, lugar e modo do exercício da liberdade de expressão. No entanto, essa limitação não pode ser baseada no conteúdo do discurso ou no ponto de vista de orador.

Por outro lado, há também uma importante distinção entre as formas de regulação estatal desta liberdade: são mais facilmente aceitas as restrições ligadas ao “tempo, lugar e forma” da manifestação, que sejam neutras em relação ao seu conteúdo, mas há um controle muito mais rigoroso das limitações atinentes ao teor do discurso, que se torna ainda rígido e quase invariavelmente fatal quando a regulação baseia-se em discordância relativa ao “ponto de vista” do agente (SARMENTO, 2006, p. 58).

A dogmática estadunidense de liberdade de expressão diferencia a limitação baseada no conteúdo do discurso da regulação baseada no ponto de vista. Com

exatidão, a restrição baseada no conteúdo é gênero, do qual é espécie a relacionada ao ponto de vista. Ao citar a limitação baseada no conteúdo, em regra, é uma restrição que não discrimina diferentes pontos de vista.

Seria o caso, por exemplo, de uma lei que proibisse manifestações políticas de funcionários públicos. Qualquer manifestação, ligada a qualquer corrente ou ideologia, estaria vedada. Já a restrição baseada em ponto de vista implica, pelo contrário, em discriminação relativa à posição adotada pelo agente. Retomando o exemplo anterior, seria o caso de uma norma que vedasse manifestações políticas dos funcionários do Estado em favor do socialismo, mas que permitisse a defesa de outras ideologias (SARMENTO, 2006, p. 58).

A Suprema Corte tem papel muito ativo acerca das decisões envolvendo a liberdade de expressão e as liberdades que dela decorrem: a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa. É marcante a atuação dos magistrados na declaração de inconstitucionalidade das leis, pois não há na Constituição dos EUA artigos que confirmem à Suprema Corte o controle de constitucionalidade das leis criadas pelo Parlamento (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014, p. 29).

Os Estados Unidos estão na contramão dos demais países. Canadá, Alemanha, Grã-Bretanha, França, Finlândia, Holanda são alguns dos países que possuem uma regulamentação interna restringindo o discurso de ódio. As restrições ao discurso de ódio, nos Estados Unidos, aparecem habitualmente nas Universidades, envolvendo códigos de manifestações em campus, com intuito de proteger membros de grupos historicamente marginalizados de um assédio discriminatório. A Universidade de Stanford, por exemplo, possui um estatuto sobre assédio discriminatório, que fornece uma caracterização do discurso de ódio. Esse documento proíbe perseguições de estudantes em função do sexo, de raça, cor, origem étnica ou nacional (BRINK, 2016, p. 46/49).

David O. Brink (2016, p. 28) argumenta que os debates acerca do discurso de ódio parecem forçar uma escolha entre liberdade e igualdade. Enquanto interesses igualitários parecem exigir restrições à liberdade de expressão, interesses libertários podem parecer conter a busca por igualdade. “Apesar de alguns abominarem o discurso de ódio, a cura parece tão maléfica quanto à

doença” (BRINK, 2016, p. 28).

A Primeira Emenda é definitivamente simples. Considerada uma apoteose, uma divindade postulada do liberalismo clássico, com limites aos poderes do Estado. A leitura da Suprema Corte tem sido no sentido de um comando para tracejar uma demarcação estreita em torno da autoridade estatal (FISS, 2005, p. 33).

A localização precisa dessa linha demarcatória tem variado de tempos em tempos, de Corte para Corte, e até mesmo de Juiz para Juiz, mas sua posição sempre refletiu uma ponderação de dois interesses em conflito – o valor da liberdade de expressão versus os interesses promovidos pelo Estado para sustentar a regulação (os assim chamados contra valores). Por vezes, a acomodação dos interesses conflitantes foi alcançada pela promulgação de uma relação de categorias de discurso que podem se sujeitar à regulação (FISS, 2005, p. 33).

Fato é: a Suprema Corte estadunidense tem parâmetros claros para interpretar a Constituição. São mais de duzentos anos de jurisdição constitucional, ao passo que o modo de deliberação do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, não possui um modo de deliberação que favoreça a manutenção de precedentes, como será visto no próximo capítulo.

Na cultura estadunidense, é comum a utilização de gírias como *nigger*. Um termo ofensivo para se referir aos negros americanos, utilizada, principalmente, por não negros. Outra gíria que consubstancia discursos homofóbicos é a palavra ofensiva *dykes* para se referir às lésbicas. Tais termos já serviram de palco para incidentes envolvendo discursos racistas em Universidades (BRINK, 2016, p. 47/48).

Em contrapartida, no Brasil, embora haja discursos discriminatórios, que são, inclusive, penalizados, não há uma definição clara de discurso de ódio propriamente dito. Esse assunto é abordado no tópico 5, ao tratar sobre o discurso de ódio no Brasil.

Ainda assim, há forte proteção constitucional para o direito de se expressar livremente. Essa proteção é um valor humanista, produto da própria história e experiência, que se reflete na cultura. É preferível proteger as “más ideias” e o

“discurso prejudicial” ao invés de limitar. Igualmente, por razões históricas, a Alemanha tem uma postura mais restritiva, é uma tentativa de combate ao nazismo e repúdio ao Holocausto, razão pela qual não tolera exibição de símbolos nazista ou qualquer defesa ao genocídio. Do mesmo modo, outras nações europeias e Israel que suportaram as consequências terríveis e agressivas do regime nazista (SEDLER, 2016, p. 89).

Os anos de 1960 foram um período extraordinário do direito norte-americano, uma lembrança gloriosa de tudo que ele poderia realizar. A década foi mais conhecida pelo progresso alcançado nos campos da igualdade racial e reforma do processo criminal, mas ela também foi marcada por um número notável de vitórias da liberdade de expressão (FISS, 2005, p. 35).

A autonomia do indivíduo de se expressar livremente, sem medo de retaliações, produz uma melhor governabilidade. Os responsáveis pela elaboração da Constituição estadunidense acreditaram que proibir os cidadãos de falarem sobre determinados assuntos é uma maneira de obrigá-los a discutir tais temas secretamente. O objetivo da Primeira Emenda é produzir uma sociedade transparente e estável.

4.1 A PROTEÇÃO AO DISCURSO DE ÓDIO NA VISÃO ESTADUNIDENSE

O dever dos Estados Unidos, ao adotar uma postura neutra em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, pode ocasionar a difusão dos “discursos de ódio”: caracterizados como atos de comunicação que incitem ou inferiorizem determinada pessoa ou determinado grupo, em razão de características étnicas, religiosas ou de nacionalidade.

Os Estados Unidos firmaram entendimento jurisprudencial, ao longo do tempo, em que as restrições ao *hate speech* (discurso de ódio) delimitam as manifestações políticas fundamentadas na perspectiva do manifestante. Portanto, em regra, são inconstitucionais, ainda que algumas opiniões sejam abjetas, desprezíveis e perigosas (SARMENTO, 2006, p. 61).

Uma decisão importante que revela a posição da Corte é referente ao caso *R.A.V versus City of Saint Paul* (1992), em Minnesota. Alguns adolescentes foram condenados por invadirem o quintal de uma família afrodescendente e montarem uma cruz com pedaços de madeira. A cruz foi erguida e queimada no jardim familiar (o crucifixo em chamas é identidade da Ku Klux Klan)¹⁷. Apesar de condenados em âmbito estadual, a Suprema Corte reverteu a sentença e declarou como inconstitucional a Lei do Estado de Minnesota (SARMENTO, 2006, p. 62). O argumento foi que o Governo não poderia regular categorias de discurso com base em hostilidades ou favoritismos:

Não obstante, a Suprema Corte norte-americana invalidou a condenação, por entender inconstitucional a lei em questão, mesmo na exegese restritiva adotada pelo Tribunal de Minnesota. Numa decisão tomada por 5 votos a 4 e redigida pelo Justice Scalia, a Corte afirmou que seria lícito ao Estado proibir e penalizar o uso de *fighting words*, mas não fazê-lo de forma parcial, como no caso, visando a atingir apenas determinadas ideias ou concepções repudiadas pela maioria da sociedade. **Segundo o Tribunal, o legislador na hipótese em questão pretendia atingir apenas as manifestações de intolerância racial, religiosa ou de gênero, violando, com isso, o seu dever de neutralidade em relação aos diversos pontos de vista existentes na sociedade.** (SARMENTO, 2006, p. 62).

Os discursos de ódio, ainda que repugnantes, estão protegidos pela liberdade de expressão e normalmente, prevalecem sobre os interesses contrapostos da dignidade, da honra e da privacidade. “Nos Estados Unidos, o discurso do ódio é visto integralmente como uma forma de discurso, e não de conduta, apesar do fato de que tal discurso possa ser verdadeiramente doloroso para outros” (BRUGGER, 2007, p. 118).

O debate constitucional se concentra na possibilidade de que, ao banir o discurso intolerante, as ideologias de ódio se propaguem de formas mais perigosas, que incitem à violência e ações furtivas e dissimuladas. O discurso de ódio pode ocasionar na prática de atos ilícitos, e ainda assim estar protegido pela liberdade de expressão. Há uma linha tênue entre os discursos de ódio e os crimes de ódio.

Em 1969, no julgamento do caso *Brandenburg versus Ohio*, a Suprema

Corte reverteu a decisão que havia condenado um líder da Ku Klux Klan (KKK) pelo delito de apologia ao crime. Brandenburg promoveu um encontro da entidade e convidou um repórter para transmitir o evento ao público (SARMENTO, 2006, p. 60).

Na ocasião, as pessoas apareciam encapuzadas, queimando crucifixos e proferindo palavras de ordem contra negros e judeus. A lei do Estado de Ohio foi considerada inconstitucional por punir a defesa de uma ideia, o que seria incompatível com a liberdade de expressão. “A linha traçada pela Corte distinguiu a defesa de ideias racistas – protegidas pela liberdade de expressão – da incitação à prática de atos violentos - não protegidas” (SARMENTO, 2006, p. 60).

O entendimento jurisprudencial firmado foi de que restrições ao *hate speech* são limitações ao discurso político do manifestante, devendo o Estado adotar uma posição de neutralidade em relação às diferentes ideias, por mais abjetas que sejam algumas delas:

O entendimento jurisprudencial que se firmou ao longo do tempo foi de que, como as restrições ao *hate speech* envolvem limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante, elas são, em regra, inconstitucionais. Assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas pode ser proibida ou penalizada. Isto porque, entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas. As concepções defendidas por Hitler ou pela Ku Klux Klan têm de receber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade. Como exceção, admitir-se-iam apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência. Trata-se daquilo que a doutrina norte-americana chama de *fighting words*. (SARMENTO, 2006, p. 61).

Existe uma defesa quase incondicional à liberdade de expressão, que muito se difere da proteção ao direito à liberdade de expressão em outras sociedades democráticas, inclusive a brasileira, como será demonstrado.

Nos Estados Unidos, a prática judiciária e os críticos já têm longa tradição e experiência no que diz respeito ao tema do ativismo judicial, sendo sua teoria e prática um manancial para quem quer se debruçar sobre o tema. No entanto, é importante, ao traçar paralelos e trazer a experiência e a literatura estadunidenses à realidade brasileira, ter em conta que o ativismo que

se tem verificado no Brasil até o momento difere daquele que se verifica nos EUA, ao menos em um aspecto fundamental: lá, algumas decisões da Suprema Corte que restringem direitos fundamentais são apontadas como ativistas, ao passo que, no Brasil, praticamente se formou um senso comum de que o Supremo Tribunal Federal apenas é ativista para amplificar direitos fundamentais (ARAÚJO, 2018, p. 133 e 134).

Para o Direito Constitucional estadunidense, o Estado não é visto como entidade necessária para promover a igualdade entre os povos e proteger os mais fracos da opressão dos mais fortes. Ao contrário, o Estado é tido como adversário dos direitos. Soma-se a isso o otimismo em face do mercado. Em matéria de liberdade de expressão, a jurisprudência tem se mostrado altamente libertária. Qualquer iniciativa estatal na seara do debate público e na discussão de ideias é tida como suspeita, mesmo quando o intuito é ampliar a participação dos segmentos excluídos (SARMENTO, 2006, p. 64).

A liberdade de expressão é um princípio basilar da soberania dos Estados Unidos. No início, a Primeira Emenda era dirigida apenas ao Congresso. De forma voluntária, os Estados passaram a incluir a proteção ao direito de se expressar livremente em suas Constituições. Houve, inclusive, uma obediência instintiva dos particulares que, em tese, poderiam restringir a liberdade de expressão dos funcionários. Se expressar de forma livre é uma possibilidade de se criticar o governo, é o direito do cidadão de se expressar sem qualquer censura, sobre qualquer assunto (MEYER-PFLUG, 2009, p. 131).

Mesmo com ampla liberdade e aceitação aos discursos odiosos, o direito de se expressar de forma livre não é irrestrito. Há uma categoria de discursos que podem se sujeitar à regulação. As “palavras de incitação à luta” (*fighting words*), por exemplo, podem regulamentas pelo Estado, diferentemente da “defesa genérica de ideias” (*general advocacy of ideas*). Ao Estado é permitido suprimir o discurso que gere um perigo iminente e manifesto (FISS, 2005, p.33).

A defesa da liberdade de expressão em detrimento de outros valores significa a valorização de um “mercado de ideias”, em que boas ideias são aceitas, assim como bons produtos e serviços em um livre mercado de consumo. Nos

Estados Unidos, a liberdade de expressão é verdadeiro símbolo cultural.

O objetivo da Suprema Corte estadunidense é favorecer a existência de um debate aberto e vigoroso, principalmente em relação às matérias de relevância pública. O tratamento dispensado favorável à liberdade de expressão justifica-se pela necessidade de preservação da democracia, a manutenção do contrato social, a busca da verdade e a autonomia individual. É uma forma de assegurar o regime democrático e a pluralidade política e, assim, evitar o surgimento de regimes totalitários (MEYER-PFLUG, 2009, p. 132/134).

Um contraponto interessante é que, ao mesmo tempo em que Primeira Emenda veda expressamente a possibilidade de edição de leis que proíbam a liberdade de expressão, ela não exime o Estado de adotar medidas corretoras à violação desta liberdade.

Em determinadas situações, o Estado deve tomar medidas concretas para proteger a liberdade de expressão, como nos casos, em que deve assegurar a uma minoria política, social ou religiosa o direito de se expressar livremente, ainda que essa opinião contrarie a da parcela dominante da sociedade. O Estado deve promover uma “liberdade de caráter público” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 136).

Talvez o verdadeiro perigo iminente esteja na possibilidade do Estado de regular as liberdades individuais de cada indivíduo. O controle pelo pensar e falar do outro, em casos extremados, pode levar ao surgimento de governos autoritários e a volta da censura.

De acordo com David O’ Brink, a preocupação de John Stuart Mill é com a preservação do debate. Para Mill, as limitações à liberdade de expressão são justificadas quando há um perigo de dano. A mera ofensividade não constitui dano. Pontos libertários são colocados em evidência e a regulação do discurso de ódio é condenada (BRINK, 2016, p. 29).

A proteção à liberdade de expressão, nos Estados Unidos, é sem paralelo em qualquer outro lugar do mundo. Um dos motivos é a forma de desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense, feito caso a caso, por meio de litígios.

Enquanto a Suprema Corte decidia os casos envolvendo a Primeira Emenda, ao longo de anos, princípios, doutrinas e precedentes eram elaborados, como se formassem a “lei da Primeira Emenda” (SEDLER, 2016, p. 91).

A igualdade, os direitos à honra, à privacidade e à dignidade quase não aparecem nas decisões da Suprema Corte dos EUA. Pouco se falou em relação ao combate ao racismo. Pelo que se pode observar, a Primeira Emenda possui maior valor constitucional do que a Décima Quarta Emenda, pela qual todas as pessoas nascidas e naturalizadas são consideradas cidadãs estadunidenses. Ainda que não haja concordância entre as opiniões, prevalece o direito de serem ditas e a preservação de um mercado livre de ideias.

4.2 OS CASOS EMBLEMÁTICOS E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

A ordem constitucional estadunidense é modulada pelas decisões da Suprema Corte. O liberalismo do século XIX foi marcado pelas reivindicações por liberdades individuais. O resultado foi um governo limitado e menos interventor. Porém, o liberalismo contemporâneo reconhece o papel do Estado de assegurar não só a liberdade, como também a igualdade.

Não é tarefa fácil preferir a liberdade de expressão em desfavor de outros contravalores. “O esforço de situar o elemento discursivo fora do discurso de incitação ao ódio e da pornografia desafia o entendimento comum do que é discurso” (FISS, 2005, p. 44).

Há duas grandes concepções sobre as liberdades de expressão e de imprensa no direito estadunidense. A “teoria libertária”, que protege o autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista, ou qualquer sujeito que expresse suas ideias. Por essa teoria, a Primeira Emenda protege a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. É uma emanção da personalidade individual defendida da intervenção estatal (BINENBOJM;

PEREIRA NETO, 2005, p. 6).

De outro ponto de vista, a “teoria democrática” considera a Primeira Emenda um instrumento de autogoverno. A preocupação central é com o receptor das mensagens, diferentemente da “teoria libertária”, em que a exaltação é com o emissor. De acordo com a “teoria democrática”, os cidadãos são livres para formar suas convicções se forem livremente informados sobre assuntos de interesse geral (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 6).

Ao permitir que o Estado regule a liberdade de expressão, automaticamente, o discurso público passa a ser regido por regras. O Estado exerceria um papel regulador da qualidade dos discursos e ainda pode interferir na formação da opinião do indivíduo.

Nos Estados Unidos da América, a igualdade está assegurada na Décima Quarta Emenda. A concepção mais clássica do liberalismo defende que é a Primeira Emenda que deva prevalecer, ainda que reconheçam a força da igualdade. A defesa da Primeira Emenda fica fortalecida pelo papel que a liberdade de expressão desempenhou nos anos 60, ao sugerir que somente por meio de um debate livre e aberto, a igualdade verdadeira e substantiva é alcançada (FISS, 2005, p. 42).

É quase impossível escolher um método entre esses dois valores. Ao ser confrontada com leis que proibam os “discursos de ódio”, ou “estímulo à discriminação, hostilidade e violência”, a Suprema Corte dos EUA resolveu esse desafio por meio da aplicação do princípio da neutralidade do conteúdo e o princípio da proteção ao discurso ofensivo. “A aplicação desses princípios exige a proteção de todas as ideias, não importa o quão prejudicial o Tribunal pode considerar que elas sejam e não importa o quão desagradável ou ofensivo elas podem ser para sociedade em geral” (SEDLER, 2016, p. 93).

O protagonismo de encontrar os limites para o direito à livre expressão é da jurisprudência, ou melhor, da Suprema Corte. Mesmo no caso das da regulação

de palavras provocadoras (*fighting words*), não há um rol, ainda que exemplificativo, delimitando quais seriam essas expressões. O juiz Oliver Holmes fixou o entendimento de que essas palavras devem representar um “perigo claro e iminente” de uma ação concreta que violará outro direito constitucionalmente assegurado (MEYER-PFLUG, 2009, p. 139).

Um caso curioso que não está inserido como manifestação da liberdade de expressão é o *Schenk vs. United States*. Uma pessoa não pode gritar “fogo” em teatros lotados, sem que isso seja realmente verdadeiro, assim como os gritos de guerra que visam incitar a violência imediata não podem ser livremente expressados (MEYER-PFLUG, 2009, p. 139). Já no Brasil, a palavra “fogo” pode ser usada como forma de sensibilizar a sociedade contra a escalada do feminicídio. O chamado de “fogo” é um alerta, um pedido de socorro, para que outras pessoas auxiliem uma vítima de violência doméstica e familiar.

O discurso de ódio, por mais que tenha conteúdo provocador, está no campo das ideias. São apenas palavras. O paradoxo é que, muitas das vezes, a liberdade de expressão pode ser regulada em nome da própria liberdade, quando o discurso possa tornar impossível que o grupo ou pessoa ofendida participe do debate. É um efeito silenciador.

Afirma-se que o discurso de incitação ao ódio tende a diminuir a autoestima das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Mesmo quando essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem (FISS, 2005, p. 47).

Quando ocorre essa dinâmica silenciadora, o debate fica vazio, mas o motivo não é a intervenção estatal. A questão é se o Estado teria a legitimidade para regular esses discursos com um fim público e a promoção de valores democráticos. Para Owen Fiss (2005, p. 48), esse fim público seria uma concepção de democracia que exige que o discurso dos poderosos não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos.

Os Estados Unidos podem ser considerados, hoje, o país mais franco do

mundo. Dificilmente uma manifestação será proibida, por mais odiosa que seja. Porém, nem sempre foi essa a realidade:

Em 1798, apenas sete anos após a Primeira Emenda ter sido adicionada à Constituição, o Congresso aprovou uma lei que punia comentários desrespeitosos sobre o presidente; editores foram presos por zombar do presidente John Adams. Um século depois, por força de outra lei aprovada pelo Congresso, homens foram sentenciados a vinte anos de prisão por criticar uma decisão política do presidente Woodrow Wilson (LEWIS, 2011, p. 10).

A ampla proteção conferida à liberdade de expressão não é explicada pelas palavras da Primeira Emenda e, sim, pela mudança de interpretação da lei fundamental. Afinal, o direito pode ser considerado uma criação cultural. A sociedade influencia os juízes e vice-versa. A história, o direito e a cultura contribuem para o processo de definição do que a Constituição ordena. A Primeira Emenda garante o direito à livre expressão não só pelo seu breve, mas também pelo vasto conjunto de leis criadas pelos juízes, ao longo do tempo, ao aplicá-la às questões que foram submetidas a sua apreciação (LEWIS, 2011, p. 11).

Ainda que se faça um questionamento sobre o direito estatal de preferir determinado discurso em detrimento do outro, o histórico de decisões da Suprema Corte tem demonstrado que a limitação ao direito de se expressar livremente somente se justifica quando representar um “perigo claro e iminente” de uma ação concreta.

Foi assim no caso *Brandenburg vs. Ohio*, em que a manifestação da Ku Klux Klan (KKK) foi garantida, pois a ação não representou uma ação nítida de perigo, devendo prevalecer a neutralidade do Estado. Brugger (2007, p. 184) explica que a liberdade de expressão, nos Estados Unidos, é um direito prioritário, em regra. O discurso de ódio é uma forma de expressão, por mais repulsivo que seja não é uma conduta.

Mais emblemático que o caso da KKK é o da marcha realizada por neonazistas, organizada pelo Partido Nacional Socialista da América, no município de Skokie, em Chicago. O local foi criteriosamente escolhido. Dos 70

mil habitantes, 40 mil eram judeus e 5 mil sobreviventes do Holocausto (SARMENTO, 2006, p. 60).

O município tentou evitar que a manifestação se concretizasse. O Tribunal local proibiu a prática, pois estava clara a finalidade de incitação à violência. Contudo, a Suprema Corte modificou a decisão. “Os sentimentos dos sobreviventes do Holocausto não eram suficientes para proibir a realização da marcha e, portanto, do exercício da liberdade de expressão” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 143). Com medo da retaliação da sociedade, a passeata foi realizada em outro local.

A prevalência do direito à liberdade de expressão não retira do indivíduo, que se sentiu ofendido e lesado em sua honra, o direito de buscar uma indenização, junto ao Judiciário. A diferença é que essa questão deve ser resolvida em âmbito estadual, e não na Suprema Corte (DWORKIN, 2006, p. 316).

É o mercado de ideias que deve aceitar ou rejeitar determinado discurso. Quando nenhuma ideia é excluída da discussão, maiores são as chances de descoberta da verdade. Fato, ações e opiniões devem ser distinguidos. A Primeira Emenda não é um alvará para o cometimento de violências. Condutas imoderadas são proibidas.

Em outubro de 1989, Todd Mitchell, um jovem negro, foi condenado por agredir um menino branco, de quatorze anos. A pena de Mitchell foi agravada, com fundamento numa lei do Estado de Wisconsin, que agrava a pena quando a vítima do delito fosse selecionada em virtude de raça. Mitchel contestou a constitucionalidade do aumento da pena, com a alegação de que era uma violação ao seu direito à Primeira Emenda (OYES, 2020).

O Tribunal de Wisconsin declarou a inconstitucionalidade da pena. Entendeu que a Primeira Emenda não permite a investigação do conteúdo das expressões dos acusados antes do cometimento do crime. Todavia, por

unanimidade, a Suprema Corte reverteu a decisão, e entendeu que a intenção do agente integra o elemento do crime (MEYER-PFLUG, 2009, p. 145).

A Primeira Emenda busca promover valores democráticos subjacentes. Ter liberdade de expressão também significa reconhecer certos limites quanto ao que deve ser incluído e excluído. Para Fiss (2005, p. 51), o Estado deve preservar a completude do debate e para isso, a regulação do discurso pode ser permitida em defesa da segurança nacional e da ordem pública.

Em 1992, no caso *R.A.V vs. St. Paul*, conhecido como o caso da “queima da cruz”, alguns limites à regulação estatal foram fixados. “A Corte derrubou uma ordenação da cidade de *St. Paul* relativa ao discurso de incitação ao ódio sustentando que ela não era neutra quanto ao conteúdo” (FISS, 2005, p. 52).

A cidade de *Saint Paul*, em Minnesota, aprovou uma lei que proibia a exposição em público de símbolos capazes de gerar raiva nas pessoas em razão de raça ou religião. Quando o grupo de adolescentes queimou a cruz no gramado da família negra, o regulamento da cidade foi violado.

A Suprema Corte considerou o ato estatal inconstitucional. Ao justificar o voto, o Juiz Scalia teve como premissa que uma regulação parcial de obscenidade – uma lei que abolisse apenas obscenidade que fosse crítica ao governo local – seria inconstitucional porque ela violaria a regra que exige neutralidade do conteúdo (FISS, 2005, p. 53).

“O princípio da neutralidade proíbe o Estado de tentar controlar a escolha das pessoas dentre pontos de vistas contrapostos, favorecendo ou desfavorecendo um lado do debate” (FISS, 2005, p. 53). Sendo assim, o Estado deve adotar uma postura inerte. Não pode elaborar leis que favoreçam determinadas passeatas e restringir outras manifestações. Apesar disso, para Owen Fiss, o Estado estava favorecendo os intolerantes. Meyer-Pflug completa:

A Suprema Corte posicionou-se no sentido de conferir proteção a essas situações, pois, uma vez ausentes esses pressupostos, apresenta-se nula a regulação estatal. No caso, a falta de neutralidade do conteúdo se fazia presente na medida em que o ato estatal restringia o uso

dessas expressões racistas, mas não proibia o uso de expressões provocadoras pelo grupo que combatia o racismo (MEYER-PFLUG, 2009, p. 147).

Com o Estado neutro, as partes podem participar livremente do debate. O princípio da neutralidade pressupõe a imparcialidade estatal, sem que haja qualquer tipo de manipulação das discussões. É permitido que a regulação das *fighting words*, mas não é admitida a limitação de modo parcial, atingido apenas as ideias que causem repulsas na sociedade.

Nas palavras de Scalia, para a lei em discussão, “cartazes contendo algumas palavras – ofensas raciais odiosas, por exemplo – seriam proibidas para os proponentes de todos os pontos de vista. Mas ‘fighting words’ que por si só não invocassem raça, cor, credo, religião ou gênero – afirmações sobre a mãe de alguém, por exemplo – poderiam aparentemente ser usadas à vontade nos cartazes daqueles que defendessem a tolerância e a igualdade raciais, de cor, etc., mas não poderiam ser usadas pelos seus oponentes”. Isto, segundo a Corte, bastaria para caracterizar a inconstitucionalidade da norma, já que “St. Paul não tem o poder de autorizar um lado do debate a lutar livre e requerer que o outro lado siga as regras de etiqueta do Marquês de Queensbury” (SARMENTO, 2006, p. 62).

A solução americana para o discurso de ódio é a utilização do critério “perigo claro e iminente”. Um Estado menos poderoso e menos interventor, favorecendo a liberdade de expressão, em regra.

A dignidade da pessoa humana, a honra e a igualdade são contravalores que devem ser sopesados. O discurso de ódio está protegido desde que permaneça tão somente no campo das ideias e não gere uma ação ilegal imediata.

O princípio da proporcionalidade é balizador dos conflitos que envolvam direitos fundamentais. Em algumas situações, a liberdade de expressão acentuada pode gerar “o efeito silenciador” das minorias, que muitas vezes, veem o seu discurso perder alteridade, sem chances de participar do debate com igualdade.

Essa é a reflexão de Fiss (2005, p. 54): “Um mediador imparcial quer vigorosa expressão de visões, mas também é sensível aos excessos na defesa de ideias e aos impactos de tais excessos sobre a qualidade do debate”. A questão não é o que se retira do debate, mas quem se retira e o que se silencia.

Um Estado poderoso cria perigos, no entanto, também deve haver um

sopesamento do estrago que poderia ser materializado com o bem que poderia realizar. O potencial opressivo do Estado nunca pode ser esquecido, assim como a possibilidade estatal de usar dos seus poderes para promover os objetivos que situam nos anseios de uma sociedade democrática, a igualdade e talvez até a própria liberdade de expressão (FISS, 2005, p. 60).

A história da Primeira Emenda mostra que somente a lei e sua letra fria não são suficientes para garantir que seja cumprida. Mais de um século foi preciso para que os Estados Unidos comessem a proteger os oradores e editores, até mesmo aqueles que eram opositores do governo. O tempo fez com que os juízes agissem de acordo com a promessa fundamental “daquelas catorze palavras da Primeira Emenda: que este seria um país livre de expressão e liberdade de imprensa” (LEWIS, 2011, p. 13).

Os Estados Unidos são extraordinariamente o país das liberdades. Tal fato se deve a conjunção de fatores históricos e jurisprudência consolidada da Suprema Corte. O silêncio jamais será o remédio para o combate às ideias repugnantes e odiosas. É preciso combater o discurso odioso com mais debate. É necessário ser livre para expressar ideias e opiniões com o propósito de evitar a opressão e autoritarismo do Estado.

¹⁷ Ku Klux Klan, também conhecida como “KKK”, é uma organização fundada após a Guerra Civil americana (1861-1865), no estado de Tennessee, por seis ex-oficiais confederados. O movimento começou como entidade fraternal relativamente inofensiva, mas, em 1872, foi reconhecida como grupo terrorista e banida dos Estados Unidos. O grupo se utilizava da imprensa, da violência e da intimidação para restaurar a supremacia da raça branca nos estados do Sul. Nos primeiros anos após a guerra, durante a Reconstrução, a Klan limitou suas atividades a assediar escravos negros recém-libertados. Mas, enquanto a Reconstrução continuava, a Klan começou a visar negros economicamente independentes ou politicamente ativos, e homens negros que pareciam perseguir mulheres brancas. Entre 1868 e 1871, o linchamento de mais de 400 negros no Sul foi atribuída à Klan. Depois de um compromisso político, em 1876, com o fim da Reconstrução, a proteção do governo federal para os negros terminou, os estados do sul introduziram leis que resultaram em segregação e, como consequência, o número de membros da

Klan diminuiu. Nos anos de 1920, a Klan tinha entre três a seis milhões de membros. Era um dos maiores movimentos sociais da história dos Estados Unidos. Dessa vez, sua doutrina misturava os sentimentos de nacionalismo e xenofobia, tinha como alvo os católicos, judeus e negros. Uma cruz em chamas se tornou o símbolo da organização (SELEPAK; SUTHERLAND, 2012).

5. O DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL

Ao contrário do que ocorre Estados Unidos, em que a Suprema Corte tem construído fortes entendimentos a favor da liberdade de expressão em detrimento de outros valores democráticos, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal se mostra oscilante, sem conseguir delimitar um parâmetro a ser seguido.

Não é raro encontrar decisões casuísticas no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Posturas bipolares dos onze ministros e malabarismos jurídicos ao decidir. Existe clara falta de coerência na jurisprudência da Corte Suprema, no Brasil.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal foi o grande protagonista da crise política. Foi possível observar, de 2008 para os tempos atuais, a construção de uma “supremocracia”. Em momentos críticos, o poder foi exercido individualmente por ministros do STF, sem a participação ou o debate dos temas pelo Plenário. Na prática, decisões que deveriam ter caráter liminar e provisório sequer são votadas pelo órgão colegiado (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14).

A jurisprudência oscilante do Supremo não é novidade. Há mudanças abruptas de posições de ministros do STF sobre as mesmas questões em curto espaço de tempo. Certa vez, o Ministro Marco Aurélio afirmou dispensar cobranças de coerência, pois não teria compromisso com seus próprios erros. As contradições decisórias da Corte Suprema estampam capas de jornais há mais de

um século, desde a criação pela primeira Constituição Republicana, de 1891 (CANTISANO, 2016, p. 107).

O polêmico pensamento, que chegou a ser noticiado pelo jornal espanhol *El País*, foi externado durante votação no Supremo Tribunal Federal, quando pelo placar de 6 a 5, os magistrados concluíram que ao Judiciário é possível conceder medidas cautelares contra os congressistas, desde que não impliquem em afastamento das funções públicas. O julgamento ocorreu em 2017, após um ano e cinco meses, o STF ter afastado, de maneira unânime, o então deputado federal Eduardo Cunha (PMDB – RJ) (BENITEZ, 2017)¹⁸.

Um dos motivos dessa jurisprudência oscilante e contraditória talvez seja o acúmulo de competências do Supremo Tribunal Federal, que nunca foi uma corte exclusivamente constitucional. As inúmeras competências jurisdicionais da Suprema Corte fazem com que o STF se comporte como três cortes distintas fundidas em apenas uma instituição (MUZZI FILHO; MURTA, 2016, p. 331).

No Brasil, o que se vê é a aplicação de dois pesos e duas medidas. Enquanto a “Marcha da Maconha” é evento realizado em diversas cidades, a favor da descriminalização da *cannabis* e de mudanças legislativas, a exibição de um artista nu, no Museu de Arte Moderna (MAM), em São Paulo, gerou revolta. Reportagens sobre o assunto foram veiculadas em diversos portais de notícia, como “G1”; “Estadão”; “Uol”; “Veja”; “Isto é”. Em 2017, o Ministério Público de São Paulo abriu investigação para apurar possíveis violações ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (SÃO PAULO, 2017)¹⁹.

Sobre a “Marcha da Maconha”, cabe destacar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 187, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Em decisão unânime, por oito votos, o STF liberou a realização desses eventos, sob o fundamento de garantia dos direitos à liberdade de reunião e à livre expressão (BRASIL, 2011).

Na ocasião, o voto do Ministro Celso de Mello, foi seguido integralmente

pelos colegas. Ao votar, o Ministro Celso de Mello, citou o voto do *justice* Oliver Holmes, no caso *Abrams vs. United States*²⁰, consagrando o argumento do livre mercado de ideias (*marketplace of ideas*). Segundo o Ministro, “a colisão de opiniões conflitantes, sob o prisma jus-filosófico, reclama como premissa o denominado *free speech*, que amplia o esclarecimento público e as chances de atingir a verdade decorrente da ideia no livre mercado do pensamento” (BRASIL, 2011, p. 3):

Coube ao Juiz OLIVER WENDELL HOLMES, da Suprema Corte dos EUA, no voto dissidente proferido no célebre caso *Abrams v. United States* (250 US 616), afirmar que “o melhor teste de veracidade é o poder de uma ideia de obter aceitação na competição do mercado” (tradução livre do inglês); não caberia ao Estado, mas à livre circulação (*free trade*) ou ao **livre mercado de ideias (marketplace of ideas)** estabelecer qual ideia deveria prevalecer (BRASIL, 2015, p.15)

No acórdão, ficou estabelecido que o fato de uma ideia considerada errada, ou mesmo perniciososa, pelas autoridades públicas não serve como fundamento para justificar a proibição da sua veiculação. Estão amparadas pela liberdade de expressão não só as ideias aceitas pela maioria, como também aquelas consideradas absurdas e perigosas. Segundo a Corte, “trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas” (BRASIL, 2011, p. 5).

Em 2020, as ruas do Brasil foram tomadas por pessoas que pediam a volta do Ato Institucional nº 5 e intervenção militar. Ministros do Supremo Tribunal Federal repudiaram a passeata²¹. Inclusive, a Procuradoria Geral da República solicitou a abertura de um inquérito²² para apurar as responsabilidades dos organizadores do evento, devido à suspeita de que deputados federais estariam envolvidos (BRASIL, 2020).

Tanto nos Estados Unidos, como no Brasil, os crimes de ódio são penalizados²³. O crime de ódio pode ser entendido como forma de violência

motivada por preconceitos ou maus julgamentos. No entanto, há dificuldade para definir com precisão o que seria o discurso de ódio, no Brasil, pois tais manifestações não configuram uma ação. Também não se deve confundir o discurso de ódio com o politicamente (in)correto.

A ideia do “politicamente correto” parte da premissa de que seria possível que ninguém ofendesse ninguém. O termo não é uma novidade do século XXI, embora tenha se popularizado com o advento das redes e mídias sociais.

Luiz Felipe Pondé é um crítico da cultura do politicamente correto. Ao escrever o “Guia do Politicamente Incorreto na Filosofia”, Pondé definiu o politicamente correto como “um movimento que busca moldar comportamentos, hábitos, gestos, e linguagem para gerar a inclusão social desses grupos e, por tabela, combater comportamentos, hábitos, gestos e linguagem que indiquem uma recusa dessa inclusão” (PONDÉ, 2012, p. 16).

O ser humano é o animal mais amedrontado do mundo. Para Pondé, os politicamente corretos mentem a esse respeito, “a fim de aliviar a agonia que temos porque sabemos que somos todos no fundo covardes e dispostos a colaborar com nazistas (ou seus similares) se para nós for melhor em termos de sobrevivência” (PONDÉ, 2012, p. 15).

As discussões sobre as barreiras legais daquilo considerado politicamente incorreto são perenes. Não é fácil defender a liberdade para as ideias odiosas. Há moralistas de ambos os lados, direita e esquerda. Giuliano Fernandes ilustra bem esse cenário: “interessante é que ambos os lados defendem a liberdade de dizer tudo, exceto aquilo que pode vir a os incomodar” (FERNANDES, 2018, p. 63).

Discutir os limites ao direito de se expressar livremente remete à dicotomia entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Assim como nos Estados Unidos, no Brasil, quando o debate é acrescido da possível regulamentação do discurso de ódio, valores como a igualdade e a dignidade da pessoa humana entram em cena.

Ao tentar estabelecer um contraponto entre Primeira Emenda à Constituição estadunidense e os direitos de liberdades assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é preciso compreender a complexidade de se formular uma teoria do direito e compreender a formação do constitucionalismo nos dois países.

Diante da dificuldade de se encontrar uma definição unânime e uniforme do que seriam os discursos odiosos, o tema será abordado com base em alguns casos paradigmáticos do STF, em que o debate acerca dos limites ao direito à liberdade de expressão foi o centro da discussão. Não se trata de esgotar o exame da jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema. Aqui, o objetivo é analisar as argumentações dos ministros da Corte Suprema com o intuito de formar um parâmetro para solucionar o conflito entre a livre manifestação e o discurso de ódio, sem que para isso seja preciso nova regulamentação legal que proíba os discursos odiosos.

A defesa quase incondicional da liberdade de expressão, nos Estados Unidos, pode ter como uma das razões o surgimento do constitucionalismo moderno, predominante no período entre as revoluções liberais do final do século XVIII e a promulgação das constituições pós-bélicas a partir da segunda metade do século XX.

Após duas grandes guerras e escombros deixados por governos ditatoriais e totalitários, um novo panorama global surgiu, no século XX. As Guerras Mundiais ensinaram que o desprezo pelos direitos do homem resulta em atrocidades inimagináveis. Essas atrocidades exigiram que as nações repensassem o direito. Era o momento certo de revisionismo jurídico, que ocorreu tanto em pactos e tratado internacionais, como das diversas constituições construídas no pós-guerra (DA COSTA; FREITAS, 2014, p. 893).

Marcelo Novelino descreve a experiência constitucional dos Estados Unidos como baseada nas concepções do filósofo inglês John Locke, que pregava o

individualismo e a adoção do liberalismo, e na limitação do poder do pensador político francês Charles de Secondat, o barão de Montesquieu (NOVELINO, 2020, p. 51). As treze colônias romperam com a Coroa Inglesa em 1776, com a publicação da *Virginia Bill of Rights* e da *Constitution of Virginia*. Após a declaração de independência, foi ratificado o *Articles of Confederation and Perpetual Union* (1777), que foi substituído pela atual Constituição dos Estados Unidos, aprovada em setembro de 1787, na Convenção de Filadélfia (NOVELINO, 2020, p. 51).

Foi por meio de conflito militar que a independência estadunidense foi conquistada, o que contribuiu para formação de um modelo de comunidade com a mesma base moral. Do lado de cá, no Brasil, a independência atendeu às injunções da monarquia portuguesa. Não foi possível a formação de uma identidade nacional, que pudesse resultar no modelo de comunidade que comungue da mesma base moral (MUZZI FILHO, 2013, p. 88).

As peculiaridades de cada sociedade formam as especialidades do direito de cada país. Daí, a dificuldade de se criar ou se imaginar uma teoria do direito que pudesse solucionar de maneira equânime e uniforme as questões e conflitos entre direitos fundamentais.

“A generalização da Teoria do Direito haveria de presumir a generalização de um modelo de sociedade” (MUZZI FILHO, 2013, p. 85).

O pós-positivismo traduziu a ideia de que a observância da lei, por si só, não é suficiente para a garantia da democracia. “A doutrina pós-positivista propõe a reformulação da abordagem legalista das fontes do direito” (NOVELINO, 2020, p. 62). A força normativa da constituição transforma os dispositivos constitucionais em limites materiais, retirando do legislador a discricionariedade política, principalmente em relação aos direitos fundamentais (NOVELINO, 2020, p. 62).

A escravidão e o Holocausto ocorreram com respaldo legal. O terror vivido

pela Segunda Guerra Mundial foi legitimado pela lei. É necessário observar todo o conjunto de princípios que compõem o ordenamento jurídico para tornar possível a proteção da dignidade da pessoa humana. Aponta Daniel Sarmento:

[...] eventos traumatizantes, como o Holocausto nazista, demonstraram que o legislador, mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atrozes barbaridades, sendo portanto necessário estabelecer mecanismos de controle para a contenção dos seus abusos. Neste contexto, o culto à lei como forma, à qual pode ser atribuído qualquer conteúdo, desde que ditado pelas autoridades competentes, dá lugar a um desencanto geral com o Positivismo Jurídico (SARMENTO, 2006, p. 171/172).

Ao escrever sobre o neoconstitucionalismo teórico, como teoria explicativa do direito, Marcelo Novelino anota que o neoconstitucionalismo procura “descrever os traços característicos dos sistemas jurídicos contemporâneos, tendo como foco central a análise da estrutura do papel assumido pela constituição no interior desses sistemas” (NOVELINO, 2020, p. 64).

O neoconstitucionalismo originou o reconhecimento da força normativa de todos os dispositivos contidos na constituição, e do papel da constituição como mecanismo de resolução de conflitos nas áreas jurídicas (NOVELINO, 2020, p. 64).

O princípio tem força de norma, ainda que sem previsão expressa. Princípios não se excluem, se ponderam, dando prevalência a algum deles no caso concreto:

Em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato (BARROSO, 2004, p. 4).

Pelo modelo “tradicional”, e já superado, o juiz não possui papel de criador na norma jurídica. Essa é uma função a cargo dos congressistas, ou melhor, é uma função típica do Legislativo. Ao juiz, é dado o dever de interpretar a norma. Interpretar, portanto, “é descobrir essa solução previamente concebida pelo legislador” (BARROSO, 2004, p. 2). É um papel estritamente técnico, pelo menos

essa era tese clássica.

O modelo tradicional descrito acima está obsoleto, segundo Luís Roberto Barroso. Em 2017, o Ministro Barroso, ao tratar sobre a ascensão política e institucional do judiciário, demonstrou que as Supremas Cortes e as Cortes Constitucionais desempenham três papéis diversos:

Contramajoritário, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório (BARROSO, 2017, p. 2173).

Quando os princípios começam a ganhar *status* de norma jurídica, os juízes começam a exercer também um papel de valoração da norma. Contribui para isso a utilização de cláusulas abertas e conceitos indeterminados. Enquanto as regras simplesmente prevalecem ou não no caso concreto, os princípios “vivem” em constante conflito. É caso, por exemplo, do direito à liberdade de expressão, direito à informação, livre manifestação do pensamento e os direitos de personalidade, tais como o direito à honra, à imagem, à intimidade e à privacidade. “O que caracteriza esse tipo de situação jurídica é a ausência de uma solução em tese para o conflito, fornecida abstratamente pelas normas aplicáveis” (BARROSO, 2004, p. 4).

Ao legislador cabe a tarefa de estabelecer parâmetros gerais, vez que os princípios contidos na Constituição não possuem uma hierarquia. O Legislativo não pode estabelecer uma regra com preferência abstrata de um direito fundamental em detrimento do outro, em respeito ao princípio da unidade da constituição.

A colisão de direitos fundamentais é um fenômeno contemporâneo e, salvo indicação expressa da própria Constituição, não é possível arbitrar esse conflito de forma abstrata permanente e inteiramente dissociada das características do caso concreto. O legislador não está impedido de tentar proceder esse arbitramento, mas suas decisões estarão sujeitas a um duplo controle de constitucionalidade: o que se processa em tese, tendo em conta apenas enunciados normativos envolvidos, e, em seguida, a um outro, desenvolvido diante do caso concreto e do resultado que a incidência da norma produz na hipótese (BARROSO, 2004, p. 8).

Diante da impossibilidade de se criar uma Teoria Geral do Direito, isto é, “extensível a qualquer sistema jurídico, não importando a sociedade em que esteja alojado esse sistema jurídico” (MUZZI FILHO, 2013, p. 84), não é imaginável se criar um modelo de sociedade ideal.

A Teoria do Direito, para ser geral, como propõe Hart, igualmente parece presumir determinado “modelo de comunidade” no qual sejam compartilhadas certas compreensões sobre a “convivência em sociedade”. Daí por que me é difícil aceitar uma teoria geral que consiga abranger todos os sistemas jurídicos existentes, visto que tais sistemas existem em modelos de comunidade que guardam pouca uniformidade sobre os fundamentos de convivência social (MUZZI FILHO, 2013, p. 86).

Alguns parâmetros jurídicos podem até serem traçados nos ordenamentos, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, mas os fundamentos de convivência social certamente são diferentes em cada lugar do mundo. A compreensão do Direito deve considerar as peculiaridades locais, o desenvolvimento histórico de cada país e até mesmo a formação do Estado.

No Brasil, assim como nos Estados Unidos, inexistente (ainda) lei que regulamente ou proíba os discursos de ódio. É certo que a Constituição da República de 1988 põe a salvo a liberdade de expressão (art. 5º, IX, CR/1988) e, ao mesmo tempo, veda a discriminação (art. 5º, XLI, CR/1988) e o racismo (art. 5º, XLII, CR/1988), além de ter como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/1988).

Devido à inexistência legal regulamentando o discurso de ódio e os constantes conflitos entre direitos fundamentais, fica a cargo da interpretação jurídica “conceituar” o direito, de acordo com as características sociais, os valores morais, os costumes e as particularidades do caso concreto.

5.1 O CASO SIEGFRIED ELLWANGER E SEUS DESDOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Conhecer o “Caso Ellwanger” é avaliar a gênese da discussão acerca do

discurso de ódio no Brasil. Trata-se do julgamento do Habeas Corpus 82.424, do Rio Grande do Sul, no dia 17 de setembro de 2003. Os próprios membros da Corte, à época, qualificaram o julgamento como “o mais relevante julgado da história daquele tribunal em matéria de direitos humanos” (SARMENTO, 2006, p. 55).

Siegfried Ellwanger foi um escritor brasileiro, que ficou conhecido por negar o Holocausto. Em 1996, ele foi condenado, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), pela prática do crime de racismo, previsto no artigo 20, da Lei 7.716/89, em virtude da publicação de livros com conteúdo antissemitas, que negavam a história do genocídio dos judeus (BRASIL, 2004).

O escritor, e também sócio da empresa “Revisão Editora LTDA.”, nasceu em setembro de 1928, era descendente de alemães e tinha teses revisionistas sobre a Segunda Guerra Mundial, publicando livros sobre o holocausto judeu, como por exemplo, “Holocausto Judeu ou Alemão: nos bastidores da mentira do século”, e vendendo obras com o mesmo teor de autores nacionais e estrangeiros, como “Hitler: culpado ou inocente”, de Sérgio de Oliveira (BRASIL, 2004).

Ellwanger foi denunciado em novembro de 1991, e chegou a ser absolvido em primeira instância. No entanto, em outubro de 1996, foi condenado a dois anos de reclusão, por unanimidade, pelos desembargadores do TJRS. Em sede de *Habeas Corpus*, perante o Supremo Tribunal Federal, a defesa buscava “quebrar” a imprescritibilidade do crime de racismo, sob a alegação de que sendo os judeus uma etnia, e não uma raça, o antissemitismo seria um crime de discriminação ou preconceito, que já estaria prescrito (BRASIL, 2004).

Com a maioria formada, o recurso foi negado e a condenação mantida. Vencidos os ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto e o relator, Moreira Alves. O histórico julgamento demorou nove meses para ser concluído e trouxe profundas mudanças para as concepções constitucionais brasileira, além da definição jurídico-constitucional do crime de racismo.

Fabício de Almeida Reis, ao discorrer sobre a função (contra)majoritária do Supremo Tribunal Federal, reconhece que “o *Habeas Corpus* não se enquadra, verdadeiramente, numa das hipóteses de proteção das minorias. Isto, considerando que o Supremo Tribunal Federal, atuou substancialmente para definir a limitação e o alcance do direito à liberdade de expressão” (REIS, 2020, p. 87):

Não estava presente no caso em tela, uma prática de uma política discriminatória em relação ao povo judeu, mas, sim, uma discussão a respeito da possibilidade do direito constitucional à liberdade de expressão, encobrir ou não, manifestações de cunho ultrajosos, injuriosos, preconceituoso e/ou caluniosos. Apesar de processar-se, sob o argumento principal da ação penal ser o cunho racista, o objeto de discussão no caso em estudo foi outro, qual seja, a amplitude e os limites do direito constitucional à liberdade de expressão (REIS, 2020, p. 88).

De acordo com o texto constitucional, o legislador definiu como imprescritível e inafiançável apenas o crime de racismo (art. 5º, XLII, CR/1988). Por essa razão, a grande questão do *Habeas Corpus* foi determinar o sentido e o alcance da expressão “racismo”. Embora no julgamento do *writ* a discussão central tenha sido a definição do crime de racismo, e não o conflito entre direitos fundamentais, alguns ministros discutiram o direito à liberdade de expressão.

O Ministro Marco Aurélio, em mais de 70 laudas de voto, entendeu que o livreiro quis fazer uma revisão histórica dos acontecimentos. Marco Aurélio fez uma defesa pela liberdade de manifestação individual do pensamento:

A questão de fundo neste *Habeas Corpus* diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele ideias preconceituosas e antisemitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa (BRASIL, 2004, p. 37).

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio defendeu que crime de racismo somente estaria configurado se, ao invés de publicar um livro, Ellwanger distribuisse panfletos, nas ruas de Porto Alegre, com dizeres do tipo “morte aos judeus”. Mas, ao contrário disso, Ellwanger tão somente expos suas convicções acerca da relação entre judeus e alemães na Segunda Guerra Mundial, foi uma

versão da história vista com seus próprios olhos. “E assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações” (BRASIL, 2004, p. 32).

Na mesma linha, o Ministro Ayres Britto afirmou que não é crime tecer uma ideologia, ainda que seja lastimável que alguém se deixe enganar pelo falso brilho de certas ideologias. Acrescentou que essa modalidade de convicção tem respaldo na própria Constituição: “Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º)” (BRASIL, 2004, p. 61).

Poético, Carlos Ayres Britto aproveitou a votação e nas suas argumentações no voto, trocadilhou: “a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade” (BRASIL, 2004, p. 26). Segundo o Ministro (2004, p. 27), a Constituição da República prevê mecanismos para combater o abuso ao exercício da liberdade de expressão. São eles: o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, material ou à imagem (art. 5º, V) e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurado o direito à indenização decorrente de sua violação (art. 5º, X).

Mas a premissa da Constituição é uma só: **não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso invasor da liberdade alheia, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão** (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano da incontroleabilidade da sua apriorística manifestação). Sendo que esse fraseado em si – “liberdade de expressão” – alcança as duas tipologias da liberdade: a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de ação no *quadrupartite* domínio intelectual, científico, artístico e de comunicação (BRASIL, 2004, p. 28).

Além de verbalizar a contraposição de conflitos dos princípios fundamentais, o Ministro Ayres Britto absolveu o réu, por atipicidade do crime, vez que a lei que tipificou a infração penal de racismo por meio de comunicação ou publicação de qualquer natureza foi promulgada após o cometimento do

delito (BRASIL, 2004, p. 20)²⁴.

Do outro lado, a corrente majoritária, que negou o *Habeas Corpus*, firmou o entendimento de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, como qualquer outro direito individual. Sendo assim, pode ser afastada quando ultrapassar os limites morais e éticos²⁵.

No caso concreto, a garantia da liberdade de expressão foi afastada, em decorrência da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Vencida a tese que pretendia reconhecer a prescrição da pretensão punitiva e também a tese que absolvía o Réu por atipicidade da conduta (BRASIL, 2004). Na ementa do acórdão:

As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observado os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode se constituir em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica (BRASIL, 2004, p. 3).

Quanto ao argumento de possível violação ao direito fundamental à livre manifestação do pensamento e à liberdade de expressão, o Ministro Maurício Côrrea afirmou que tais garantias, assim como todas as outras, não são incondicionais. Atos discriminatórios de qualquer natureza devem ser expressamente vedados. A solução para esse aparente conflito de normas estaria na própria Constituição. “A previsão de liberdade de expressão não assegura o direito à incitação ao racismo, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra” (BRASIL, 2004, p. 30).

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello entendeu que as publicações de Ellwanger ultrapassavam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica. Não sendo dignas, portanto, da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão, que não tutela manifestações revestidas de ilicitude penal, que estimulem à intolerância e ódio público aos judeus (BRASIL, 2004, p. 17).

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** quando as expressões de ódio racial – veiculadas com **evidente superação** da crítica política **ou** da opinião histórica – **transgridem**, de modo inaceitável, os valores tutelados **pela própria ordem constitucional** (BRASIL, 2004, p. 18).

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, afirmou que se a discriminação racial for levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão, comprometeria o ideal de igualdade, que é um dos pilares do sistema democrático. Para ele, o exercício da liberdade de expressão consistente da incitação à discriminação racial levou ao desenvolvimento da doutrina do *hate speech* (BRASIL, 2004, p. 14).

Utilizando-se do direito comparado, o Ministro aplicou o juízo da proporcionalidade, para analisar que, em tese, o livro pode ser um instrumento de crime de discriminação racial, e que a história confirma os efeitos deletérios que os discursos intolerantes podem produzir, por meio dos mais diversos instrumentos (BRASIL, 2004, p. 19).

Para o Ministro Gilmar Mendes, a liberdade de expressão encontra limites dentro do próprio texto constitucional. É uma exigência da democracia, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os povos, e tem como fundamento o pluralismo político (BRASIL, 2004, p. 21). Segundo ele, o princípio da proporcionalidade “constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um limite do limite ou uma proibição de excesso na restrição de tais direitos” (BRASIL, 2004, p. 21).

Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas, que ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos (BRASIL, 2004, p. 22).

O *Habeas Corpus* também foi indeferido pelo Ministro Carlos Velloso.

Segundo ele, a conduta de Ellwanger foi criminosa e não encontra amparo na liberdade constitucional do direito à livre manifestação do pensamento e no direito à liberdade de expressão. Ainda para ele, desde o sequenciamento do genoma humano não há que se falar em raça, em termos antropológicos e biológicos. Porém, culturalmente e sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferenciados, e o racismo não tolerado pela Constituição da República é justamente este (BRASIL, 2004, p. 6).

As publicações não se comportam no campo estritamente científico, mas adquirem, conforme vimos, caráter panfletário, estimulando a intolerância. Não podem, portanto, ser consideradas obras que contribuem para o aperfeiçoamento do conhecimento humano. Ao contrário, porque tem caráter panfletário, ideológico, em termos de raça, degradam esse conhecimento, preconizando tratamento hostil contra a comunidade judaica. As duas, porque, se tem conflito aparente de normas de direitos fundamentais, a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscritos na Lei Maior (BRASIL, 2004, p. 13).

O Ministro Nelson Jobim não acompanhou a ala dissidente. Para ele, embora a questão do racismo seja pragmática, devendo ser analisada caso a caso, o escritor quis reproduzir o antissemitismo, e não simplesmente editar livros por motivos históricos, o que fomenta o racismo. Tais ideias não contribuem para um debate democrático de ideias (BRASIL, 2004, p. 2 e 3):

Não é a edição do livro *stricto sensu* que seja a prática do racismo, mas sim ser ele um instrumento, um veículo pelo qual pode se produzir o racismo. Pode-se produzir essa forma de edições, pode-se editar por motivos históricos, mas pode-se manejar, manipular e mexer esses instrumentos para, com eles, produzir o resultado desejado, que é exatamente difamar e praticar o racismo (BRASIL, 2004, p. 6).

O voto da Ministra Ellen Gracie também foi denegando a ordem. Para ela, mesmo que o racismo não possa ser justificado por razões científicas e biológicas, ele persiste como fenômeno social. E é este fenômeno social o destinatário jurídico repreendido pela Constituição. Está evidente a irracionalidade da manifestação antissemita do paciente. “A ideologia do preconceito excludente permite uma riqueza enorme de exemplos em que se expõe, em toda sua extensão, a sua grande irracionalidade” (BRASIL, 2004, p. 5-7).

Seguiu a maioria o Ministro Cezar Peluso. Ele entendeu que a Constituição não adotou nenhum conceito puro e extrajurídico para definir o que seria racismo, e sim um conceito normativo. Deve o intérprete lidar com cuidado diante da hipótese excepcional de crime imprescritível, pois, com isso, o ordenamento demonstra o seu repúdio à crença política-ideológica na inata superioridade de alguns homens sobre outros, sem que racismo tenha um sentido estrito. O fato de o paciente ter não só escrito livros com conteúdos ofensivos à comunidade judaica, mas se dedicado a editar e publicar uma série de obras, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos, isso contraria a tutela constitucional da liberdade de expressão (BRASIL, 2004, p. 1-5).

Em onze páginas, de modo sucinto, o Ministro Sepúlveda Pertence votou quando a maioria estava formada. Enquanto o Ministro Moreira Alves partiu de um conceito antropológico de raça para fundamentar suas razões, o Ministro Sepúlveda estava convencido de que “um livro, pode sim, ser instrumento de prática de racismo” (BRASIL, 2004, p. 7).

Conhecido como “O Senhor do Voto Vencido”, na discussão sobre o Caso Ellwanger não foi diferente para o Ministro Marco Aurélio. Engana-se quem pensa que ficar vencido é sinal de derrota pessoal. Seu voto foi memorável e uma verdadeira lição sobre defesa da liberdade de expressão.

5.1.1 A construção jurídico-constitucional do crime de racismo e o voto do Ministro Marco Aurélio

Os direitos fundamentais não só podem como devem ser restringidos em virtude da manutenção do Estado Democrático de Direito. É incontroverso que os direitos fundamentais não são absolutos. A decisão do “Caso Ellwanger” confirmou essa premissa, e também reforçou outro axioma: não existem subdivisões biológicas da espécie humana²⁶.

Por meio da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, o STF

estabeleceu uma definição jurídico-constitucional do termo “racismo”, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais. A distinção entre judeus e arianos foi o núcleo do pensamento nacional-socialista. Estigmas que evidenciam o crime de racismo e violam a Dignidade da Pessoa Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Firmou-se o entendimento de que o crime de racismo é evidenciado pela mera utilização desses estigmas. A sociedade humana se baseia na respeitabilidade e dignidade do ser humano, e também na pacífica convivência no meio social. Não devendo, portanto, aceitar tais crenças pessoais que vão de encontro com as normas.

Ellwanger veiculou, editou e publicou obras com concepções antissemitas, com o objetivo de resgatar e dar credibilidade à ideologia racial definida pelo nazismo. Revolucionando, subvertendo e negando fatos históricos incontroversos, com intuito de desqualificar os judeus, o que equivale à incitação ao *díscrimen* com acentuado conteúdo racista (BRASIL, 2004).

Corroborou para a decisão majoritária o parecer de Celso Lafer, na condição de *amicus curiae*. Para Lafer (2004, p. 64), discutir os termos de raça partindo da premissa alegada por Ellwanger, de que judeus não seriam uma raça, seria esvaziar o conteúdo jurídico assegurado pelo art. 5º, LXII:

O crime da prática de racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam grupos e pessoas a eles lhe atribuindo características de uma “raça”. Só existe uma “raça” – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades, não formam uma raça, o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo (LAFER, 2004, p. 64).

Todavia, o ponto enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal que merece destaque, nesta obra, foi o conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, ou seja, no caso concreto, dos judeus. É sabido que princípios não se excluem, e sim se ponderam, e que, como qualquer outra garantia constitucional, a liberdade de expressão não é um direito

absoluto.

A tese firmada foi a de que o direito à livre expressão não pode abrigar manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas precisam ser exercidas de maneira harmônica, vez que não são incondicionais e devem respeitar os limites definidos pelo próprio texto constitucional. Um direito constitucional não pode proteger condutas ilícitas, como por exemplo, a incitação ao racismo e os delitos contra a honra (BRASIL, 2004, p. 3).

Mas, seria um livro capaz de incitar condutas odiosas? Não existe resposta que seja pacífica quanto ao assunto. Como visto no capítulo anterior, a Corte estadunidense, a princípio, defende que não. Justifica essa posição o critério do “perigo claro e iminente” e o fato de que os livros estão no campo das ideias. Diferentemente, é a posição da Corte alemã e de outros países europeus (MEYER-PFLUG, 2009, p. 205). Essas foram afirmações de Samantha Meyer-Pflug:

A jurisprudência e doutrina internacional não são pacíficas nessa matéria. O sistema americano, a princípio, entende que não, pois os livros estão no mundo das ideias e, segundo o critério aplicado pela Corte Suprema, do “perigo claro e iminente” eles não são passíveis de gerar ações concretas de discriminação ou racismo (MEYER-PFLUG, 2009, p. 205).

A conclusão de que um livro não seja capaz de incitar condutas discriminatórias vai ao encontro das argumentações colocadas em voto pelo Ministro Marco Aurélio. O Ministro esclareceu que considerou deturpada, incorreta e ideológica, a visão histórica de Ellwanger, mas questionou como seria possível um livro, que expõe a versão de um fato histórico, se transformar em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente no Brasil, país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo (BRASIL, 2004, p. 39).

O Ministro Marco Aurélio foi além. Para ele, a forma ideal de combater os pensamentos racistas não seria por meio da condenação pelo Supremo Tribunal

Federal, o combate deve ocorrer no confronto de ideias. O Estado se torna mais democrático quando não censura esses tipos de trabalho, deixando que sociedade faça tal censura e formar as próprias conclusões. “Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos” (BRASIL, 2004, p. 40).

É perigoso para a própria sociedade que somente a opinião oficial possa ser divulgada ou defendida. É como enclausurar a sociedade em uma redoma e retirar o oxigênio da democracia, como exemplificou o Ministro Marco Aurélio. Isso é privar a liberdade de opiniões discordantes e minoritárias, e, ainda, “aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade” (BRASIL, 2004, p. 25).

Diferentemente da corrente majoritária, de acordo com o Ministro Marco Aurélio, a verdadeira questão constitucional revelada pelo caso é: se a melhor ponderação dos direitos fundamentais em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão devido à prática de um discurso atentatório a dignidade da pessoa humana, ou se, ao contrário, devesse prevalecer essa liberdade (BRASIL, 2004, p. 17). Marco Aurélio construiu sua argumentação em defesa da liberdade de expressão, tão necessária para construção de uma sociedade aberta e plural:

É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de ideias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas (BRASIL, 2004, p. 20-21).

Proteger o direito individual de se expressar de forma livre, mesmo que as ideias e opiniões pareçam absurdas, é também defender o direito de manifestar o pensamento, ainda que afrontoso às concepções majoritárias. É com esse argumento que Marco Aurélio citou a Suprema Corte dos EUA que, em inúmeras ocasiões, optou pela primazia da liberdade de expressão, mesmo que contrariasse valores culturais vigentes ou desrespeitasse autoridades e pessoas

públicas (BRASIL, 2004, p. 24).

Marco Aurélio enfatizou que não há, no Brasil, pressupostos sociais aptos a tornar um livro um perigo atentatório a dignidade do povo judeu. Todavia, na Alemanha, não se pode dizer o mesmo:

O mesmo não pode ser dito, por exemplo, no tocante a países como a Alemanha. Por mais que hoje já esteja disseminada na cultura germânica a ideia de que o pensamento nazista foi uma aberração, as chagas dessa ferida ainda não restaram totalmente curadas. O direito de liberdade de expressão quanto a esse tema, naquele país, seria muito mais restrito, e um caso concreto viria a ser tratado com muitíssimo mais rigor (BRASIL, 2004, p. 45).

Por assim dizer, o caso mais emblemático que envolvia a liberdade de expressão, na Corte Constitucional alemã, abrangeu a negação ao holocausto (SARMENTO, 2006, p. 74). Em 1994, o Tribunal decidiu sobre a constitucionalidade de ato de governo da Baviera, estado alemão, que condicionou a autorização um congresso promovido por organização de extrema-direita. Nesse congresso, um dos convidados era o revisionista David Irving, que deveria se comprometer a não sustentar a tese que o Holocausto não teria ocorrido. Para as autoridades estatais, esse ato insultava o povo judeu (SARMENTO, 2006, p. 74).

A Corte alemã reconheceu que negar o Holocausto não era uma manifestação da livre expressão, como esclarece Daniel Sarmento:

Entendeu a Corte que a negação do Holocausto não era uma manifestação de opinião, mas a afirmação de um fato, e que as afirmações inverídicas sobre fatos, por não contribuírem em nada para a formação da opinião pública, não são constitucionalmente protegidas pela liberdade de expressão. No julgamento, o Tribunal ainda destacou que a singularidade do Holocausto o teria convertido em elemento constitutivo da própria identidade do cidadão de origem judaica, que se reflete na sua relação com a sociedade alemã. Portanto, negar este terrível acontecimento histórico implicaria, na ótica da Corte, em continuar a discriminação contra o povo judeu. Com esta argumentação, a Corte alemã reconheceu a validade da restrição à liberdade de expressão praticada pelo governo da Baviera (SARMENTO, 2006, p. 75).

As controvérsias existentes entre os Estados Unidos e a Alemanha são evidentes, tanto por motivos históricos, quanto culturais. O Código Penal Alemão pune a ofensa com prisão de até um ano ou multa, além de penalizar

mentiras de qualquer espécie sobre o campo de concentração de Auschwitz, incluindo o discurso de ódio (SEDLER, 2007, p. 183).

É importante ressaltar que defender a publicação de um livro, por mais pífio que seja o seu conteúdo, não é concordar com ideologia do autor. É, sim, instigar o debate em relação aos limites ao direito de se expressar e desconstruir a teoria da agulha hipodérmica²⁷, pela qual a mensagem de um meio de comunicação chegaria ao receptor de maneira uniforme, igual e imediata.

Assim, também expôs o Ministro Ayres Britto, ao afirmar que não é crime tecer uma ideologia, e que uma coisa é não gostar do que se leu, outra é desqualificar, ou criminalizar:

Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropele de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou filosófica de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e consequente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inc. V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inc. VIII do art. 5º) (BRASIL, 2004, p. 61).

Por outro ponto de vista, a população brasileira não tem o hábito de leitura e grande parte é, até mesmo, analfabeta. De acordo com o Mapa do Analfabetismo, elaborado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP), com dados do CENSO 2010, se adotado o conceito de analfabetismo funcional, que inclui todas as pessoas com menos de quatro séries concluídas, mais de 30 milhões de brasileiros seriam considerados analfabetos, considerando a população de 15 anos ou mais. Desse modo, não é possível afirmar que o livro seja um veículo de massa como a televisão, rádio ou internet. As ideias manifestadas na televisão, nas redes sociais e no rádio atingem um maior número de indivíduos, podendo servir de inspiração para comportamentos antissociais e que perturbem a paz pública (MEYER-PFLUG, 2009, p. 207).

A pesquisa Retratos da Leitura no Brasil, elaborada pelo Instituto Pró-livro,

considera como leitor aquele que leu pelo menos um livro nos últimos três meses, seja inteiro ou em partes. Dados de 2016 demonstram que o brasileiro lê, em média, 2,43 livros por ano²⁸. Ler um livro requer movimento, é um estímulo à criatividade e ao aperfeiçoamento do senso crítico.

O debate público acerca dos limites do direito à liberdade de expressão ganhou ainda mais notoriedade com o avanço das redes sociais. Por falar nisso, o Brasil é o segundo colocado no ranking de países que mais passam o tempo nas redes sociais. Fica atrás apenas das Filipinas²⁹.

O conhecido bordão “não se julga um livro pela capa” reforça a concepção de que, pra se ler um livro é preciso se interessar por ele, é preciso adquirir, comprar, pegar emprestado de alguma biblioteca ou conhecido. É preciso um querer e um agir por parte do leitor. A leitura de uma obra desgostosa, sem deleite intelectual ou prazeroso, pode servir de caminho para se ampliar o debate de ideias e o incentivo a novas leituras e pesquisas. Afinal, o que é a vida se não uma leitura pessoal dos acontecimentos?

O Ministro Marco Aurélio lembrou que, os piores acontecimentos da humanidade, incluindo a perseguição aos judeus, aconteceram “em momentos de treva no campo das comunicações”, o que evita as reações sobre os episódios alarmantes. “A história mostra que a transparência, a revelação dos fatos serve de freio aos homens, evitando a prevalência de paixões condenáveis, de atos que contrariem a natureza em sua expressão maior” (BRASIL, 2004, p. 25).

Marco Aurélio defende a criação de um livre mercado de ideias, com intercâmbio de interesses na formação da opinião pública. É o exercício da tolerância, que ensina a ouvir e ser ouvido, é ser socialmente democrático (BRASIL, 2004, p. 27).

A liberdade de expressão também possui uma dimensão procedimental ou instrumental, que o para Ministro Marco Aurélio é essa a dimensão delicada do direito de se expressar livremente. Para explicar esse caráter procedimental,

Marco Aurélio diz que, em regra, não se limita conteúdos, pois isso sempre ocorrerá a partir da ideologia predominante. Destacou que a censura sempre foi arma utilizada por regimes totalitários. Consequentemente, a “única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido” (BRASIL, 2004, p. 32). Sobre o assunto, veja o trecho do voto:

Garantir a expressão apenas das ideias dominantes, das politicamente corretas ou daquelas que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente. Em última análise, a liberdade de expressão torna-se realmente uma trincheira do cidadão contra o Estado quando aquele está a divulgar ideias controversas, radicais, minoritárias, desproporcionais, uma vez que essas ideias somente são assim consideradas quando comparadas com o pensamento da maioria.

É essa a dimensão delicada do direito à liberdade de expressão, e aí está o seu caráter procedimental ou instrumental: não se pode, em regra, limitar conteúdos, eis que isso sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia predominante. A censura de conteúdo sempre foi a arma mais forte utilizada por regimes totalitários, a fim de impedir a propagação de ideias que lhes são contrárias (BRASIL, 2004, p. 31/32)

Quanto à dimensão da liberdade de expressão, o Ministro Marco Aurélio reconheceu que tal direito é passível de limites quanto ao exercício. Apesar de a liberdade de expressão ser o núcleo essencial do princípio democrático, que objetiva construir uma sociedade aberta, democrática e madura, não é um direito livre de qualquer restrição. Para o ministro, o sistema constitucional não acoberta o abuso da liberdade de expressão, se o cidadão se utilizar de meios violentos e arbitrários para expor seus pensamentos. Não estão amparadas pela liberdade de expressão as opiniões intensamente agressivas, fisicamente incisivas e que exponha as pessoas ao risco iminente (BRASIL, 2004, p. 33/34).

A dimensão instrumental da liberdade de expressão é explicada por Ronald Dworkin, ao tentar justificar a proteção conferida pela Primeira Emenda estadunidense ao direito à liberdade de expressão. Ele identifica duas vertentes: instrumental e constitutiva (DWORKIN, 2006, p. 319).

A concepção instrumental, que foi a mencionada no voto do Ministro

Marco Aurélio, reconhece que, ao garantir a liberdade de expressão, as pessoas têm o direito de falar o que pensam sobre os mais variados assuntos. É um instrumento de autogoverno benéfico para a coletividade, o que é indispensável para governos democráticos. A dimensão instrumental, portanto, “se baseia na adoção de uma estratégia especial [...] uma espécie de aposta coletiva na ideia de que, a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal” (DWORKIN, 2006, p. 319).

A dimensão constitutiva, contudo, confere à liberdade de expressão valor essencial e intrínseco. É uma justificativa “importante não apenas por causa das consequências que provoca, mas fundamentalmente porque obriga o Estado e grupos privados a tratarem os cidadãos adultos e capazes como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial de uma sociedade política justa” (SIMÃO; RODOVALHO, 2017, p. 213).

Promover e fomentar os valores democráticos não é tarefa exclusiva do poder público. É urgente e necessário que a sociedade concorde em aprender a ser democrática em seu seio, convivendo com as diferenças, com opiniões contrárias. Más ideias se combatem com mais ideias.

5.2 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, em 2019, mais uma vez, colocou em pauta o conflito entre racismo e liberdade, agora envolvendo a liberdade religiosa, que, como visto no capítulo 2 do livro, pode ser considerada espécie de liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento.

O STF enquadrrou, por unanimidade, a homofobia e a transfobia como crimes de racismo, ao reconhecer omissão legislativa do Congresso Nacional, pois não previsão da lei de racismo sobre essas condutas específicas (BRASIL, 2019). De acordo com a Constituição, “a lei deve punir qualquer discriminação

atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI, CR/1988), ou seja, há um dever legal, e, ao mesmo tempo, também prevê que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLL, CR/1988), isto significa impor ao legislador que adote determinada conduta (BRASIL, 1988).

Duas ações tramitavam no STF tratando da suposta omissão do Congresso Nacional em votar projeto de lei que efetivasse a criminalização da homofobia e transfobia, são elas: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e o Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo Ministro Edson Fachin.

Um dos pontos formulados na tese, aprovada por maioria pelo Plenário do STF, é de que a repressão penal à prática de homotransfobia não alcança, nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discursos de ódio (BRASIL, 2019, p. 7). Veja trecho do acórdão:

A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, **desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero** (BRASIL, 2019, p. 7).

O aspecto da liberdade de expressão também não foi diretamente debatido nesse julgamento. No entanto, o entendimento firmado foi de que até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, sejam elas reais ou supostas, serão definidas nos crimes previstos pela Lei 7.716, de 1989 (BRASIL, 1989). Outro ponto é que, no caso de homicídio doloso, será qualificado por motivo torpe (BRASIL, 2019, p. 5).

Do mesmo modo que no julgamento do Caso Ellwanger, a Suprema Corte reafirmou o conceito de racismo ultrapassando aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos. Considerou que o racismo também deve ser compreendido em sua dimensão social, que resulta de uma manifestação de poder que busca justificar a desigualdade e destina-se ao controle ideológico, à negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis (BRASIL, 2019, p. 6). Em diversos momentos, o Relator Celso de Mello relembrou o julgamento do Caso Ellwanger para nortear o seu voto:

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do **HC 82.424/RS (caso Ellwanger)**, que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – **não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero** (BRASIL, 2019, p. 80).

Ao votar, acompanhando o Relator, o Ministro Alexandre de Moraes exaltou que a liberdade de expressão é fundamento essencial de uma sociedade democrática. Está amparada pelo direito à livre expressão não somente as informações inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência e inquietação. A democracia resiste no pluralismo de ideias e pensamentos, na tolerância de opiniões pessoais, filosóficas, políticas ou religiosas (BRASIL, 2019, p. 43). Contudo, para o Ministro, nem a liberdade de expressão, nem a liberdade religiosa, abarca o discurso de ódio:

Obviamente, a proteção constitucional à liberdade religiosa, assim como a liberdade de expressão, não admite o discurso de ódio, que abrange, inclusive, declarações que defendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários (BRASIL, 2019, p. 47).

Novamente, ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, o único a julgador que considerou não haver omissão legislativa por parte do Congresso Nacional. O entendimento do Ministro é de que os delitos previstos na Lei de Racismo são

taxativos e não poderiam ser ampliados. Considerou, ainda, que a indicação do STF para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, por si só, colabora para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, guardados os limites da separação dos poderes e da reserva legal em termos penais (BRASIL, 2019).

Sem pensar de forma ideológica, o que o STF fez, ao reconhecer o crime de homofobia e transfobia como racismo, foi a prática da *analogia in malam partem*, ou seja, criou um tipo penal por meio de analogia em prejuízo do réu. Foi verdadeiro abandono dos princípios estruturantes do Direito Penal. Destaca-se que a Lei de racismo não menciona orientação sexual e identidade de gênero. A Constituição outorgou ao Legislativo a função de criar leis e cominar penas. É esse o princípio da reserva legal. É indubitável que a prática de homofobia e transfobia deveriam ser penalizadas, mas não se deve conquistar um direito e aniquilar outro.

A liberdade de expressão é tratada com maior restrição. O discurso de ódio é considerado manifestação do pensamento com perspectivas de calar grupos minoritários, passa a ser repudiado pelo ordenamento jurídico, como forma de garantir a expressão das minorias e do exercício da cidadania (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 329).

Em verdade, trata-se o discurso do ódio de uma variável da Liberdade do Pensamento e, como tal, como apenas sentimento de rejeição ou ódio não externado, não tem interesse para o mundo jurídico. Entretanto, quando manifesto, o discurso do ódio repercute como expressão do pensamento e, de acordo com Jeremy Waldron (2010), passa a gerar efeitos nocivos que poderão perdurar no tempo de acordo com o veículo de transmissão utilizado (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 344).

No Brasil, definir os limites da liberdade de expressão em contraposição com outros direitos de igual hierarquia jurídica é questão constitucional de grande relevância. Como já ressaltado, a liberdade de expressão não é absoluta e nem possui um maior grau de importância frente aos outros direitos.

O direito de se expressar é um dos pilares da democracia. A troca de ideias,

o direito à informação, a livre imprensa e a liberdade de manifestação do pensamento são primordiais para que a sociedade avance e para que não haja abusos do Estado. Em governos totalitários e autoritários há ausência da liberdade de se manifestar e as informações são limitadas, ao critério e interesse dos governantes.

É um paradoxo: para que haja direitos, é preciso que sejam limitados, mas essas limitações não podem ser ilimitadas.

18 O Ministro Marco Aurélio também revelou não ter compromisso com os próprios erros em 2009. No julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.071, do Distrito Federal (BRASIL, 2009, p. 104).

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604046>. Acesso em: 27 jul. 2020.

19 O Ministério Público Federal, de São Paulo, estava atuando de forma coordenada com o Ministério Público Estadual para apurações do fato ocorrido. Sendo assim, em janeiro de 2018, o MPF promoveu o arquivamento do inquérito. Uma das fundamentações para a promoção de arquivamento foi o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), firmado entre o Museu de Arte Moderna e o MPSP, “visando, dentre outros, evitar a exposição desnecessária de crianças e adolescentes através da restrição do uso de aparelhos digitais em instalações que envolvam interação com artistas, além de fomentar a liberdade de expressão artística entre crianças e adolescentes, com a realização de eventos para o público infanto-juvenil, incluindo debates sobre liberdade de expressão, e promoção de doações ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente voltadas a “Projetos que ofereçam para crianças processos de iniciação artística” (SÃO PAULO, 2018).

Informações disponíveis em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/arquivamento-civel-la-bete-mam/view>. Acesso em: 16 set. 2020.

20 “Em 1918, os Estados Unidos participaram de uma operação militar em solo russo contra a Alemanha depois que a Revolução Russa derrubou o regime czarista. Os imigrantes russos nos EUA divulgaram literatura pedindo uma greve geral nas fábricas de munição para minar o esforço de guerra dos EUA. Os réus foram condenados por dois folhetos lançados de uma janela da cidade de Nova York. Um denunciou o envio de tropas americanas para a Rússia, e o segundo denunciou a guerra e defendeu a cessação da produção de armas a serem usadas contra a Rússia soviética. Eles foram condenados a 20 anos de prisão.”

“A Corte considerou que, ao apelar para uma greve geral e a redução da produção de munições, os folhetos violavam a Lei de Espionagem. A determinação do Congresso de que toda essa propaganda representava um perigo para o esforço de guerra foi suficiente para atender ao padrão estabelecido em *Schenck v. Estados Unidos* para processar tentativas de crimes. Como em *Schenck*, o Tribunal enfatizou que as proteções à fala são mais baixas durante a guerra.

Em uma opinião divergente, o juiz Oliver Wendell Holmes argumentou que a Primeira Emenda protege o

direito de discordar dos pontos de vista e objetivos do governo. As proteções à fala, continuou ele, não devem ser restringidas, a menos que haja um perigo atual de mal imediato, ou o réu pretenda criar esse perigo. As evidências nesse caso consistiam em dois folhetos, que ele concluiu não atenderem ao teste de “perigo claro e presente”. (OYEZ,2020) Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/250us616. Acesso em: 22 de jun. 2020.

21 MOURA, Rafael Moraes. Ministros do Supremo repudiam ato a favor de intervenção militar visitado por Bolsonaro. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 19 abr. 2020. Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-assustador-ver-manifestacoes-pela-volta-do-regime-militar-diz-barroso,70003276434>. Acesso em: 16 set. 2020.

22 Inquérito 4.828 instaurado a pedido da Procuradoria-Geral da República, com relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que tramita sob sigilo de justiça, para apurar os fatos ocorridos em 19 de abril de 2020, nos termos da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) (BRASIL, 2020).

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367>. Acesso em: 22 jun. 2020

23 Sobre a criminalização dos crimes de ódio no Estados Unidos da América, Winfried Brugger: Há muito tempo a Suprema Corte parte da hipótese de que manifestações agressivas contra indivíduos, bem como contra a coletividade, só poderiam ser criminalizadas caso conduzissem ao perigo claro e atual de um ato ilícito, um “*clear and presente danger*”, ou seja se a manifestação permitisse esperar na situação concreta a progressão das palavras às vias de fato (“*fighting words*”) (BRUGGER, 2007, p. 192).

24 Outro voto vencido foi o do Relator Moreira Alves, que entendeu que os judeus não podem ser considerados raças, mas sim religião (BRASIL, 2003, p. 18). Para sustentar seu voto, o Ministro utilizou o elemento histórico de interpretação da Constituição, e demonstrou que, por mais amplo que seja o sentido de “racismo”, a previsão não abarca toda e qualquer forma de preconceito e discriminação, como por exemplo, as discriminações relativas ao sexo ou à idade. Além disso, a expressão deve ser interpretada de forma restritiva, não abrangendo as discriminações feitas a determinados grupos religiosos, como são os judeus (BRASIL, 2004, p. 9).

25 O Ministro, e então Presidente da Corte, Ministro Maurício Côrrea divergiu do Relator, denegando a ordem do *Habeas Corpus*. Rememorou fatos históricos ligados ao povo judeu e fez uma análise teleológica da expressão racismo, em harmonia com outros preceitos constitucionais. Indo além do sentido meramente vernacular, considerando também aspectos antropológicos e sociológicos (BRASIL, 2004, p. 3).

“A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrentes de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra” (BRASIL, 2003, p. 15). Deste modo, não haveria dúvidas de que o antissemitismo propagado pelos nazistas constituiria uma forma de racismo, vez que se opõe a determinada raça. O paciente teria propagado o “racismo”, ainda que sob a égide do revisionismo (BRASIL, 2004, p. 15).

26 Essa máxima evidente e verdadeira foi confirmada pela descoberta do genoma humano, pelo Projeto Genoma Humano (PGH), em junho de 2006, e trouxe desdobramentos para além do campo genético e biotecnológico. Isto conferiu maior relevância a questão de saber se judeu é raça, ou não. Pelo menos na essência, os seres humanos são biologicamente iguais. Em síntese, cientificamente está provada a inexistência de raças humanas. Embora a Constituição seja anterior às conclusões do Projeto Genoma Humano, é possível afirmar que a intenção do legislador constituinte não foi proteger o conceito biológico de raça. A divisão dos seres humanos em raças é um processo político-social, que origina o racismo. Assim, entendeu o STF: “4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista” (BRASIL, 2004, p. 1).

27 A teoria da agulha hipodérmica é uma teoria da comunicação social. Criada em 1926, pelo cientista político estadunidense Harold Lasswell, ao estudar as propagandas francesa, alemã e americana na Primeira Guerra Mundial. “Para ele, mediante um modelo bastante simples de estímulo-resposta, as

mensagens da comunicação de massa entrariam rapidamente na mente das pessoas sem encontrar resistência e lá firmariam posições e opiniões (teoria da agulha hipodérmica ou bala mágica).” (MARCONDES FILHO, 2016, p. 6). Disponível em: <https://www.paulus.com.br/loja/appendix/4395.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

- 28 Pesquisa Retatos da Leitura, elaborada pelo Instituto Pró-livro. Mais informações disponíveis no artigo do ensaísta Davi Lago, publicado no Blog do Matheus Leitão, no link: <https://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/2019/01/06/retratos-da-leitura-no-brasil.ghtml> Acesso em: 24 jun. 2020.
- 29 A empresa de pesquisa GlobalWebIndex, com sede em Londres, analisou dados de 45 dos maiores mercados de internet do mundo e estimou que o tempo diário médio que cada pessoa dedica a sites ou aplicativos de mídia social aumentou de cerca de 90 minutos em 2012 para 143 minutos nos primeiros três meses de 2019 (BBC NEWS BRASIL). Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/brasil-e-2-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.html>. Acesso em: 24 jun. 2020.

6. HÁ SOLUÇÃO PARA OS DISCURSOS DE ÓDIO?

É importante sempre deixar claro que não há, aqui, uma defesa do discurso de ódio, propriamente dito. O que se pretende é encontrar uma maneira de evitar os discursos odiosos, bem como as consequências decorrentes, sem que para isso seja necessária nova legislação penal criminalizando esses discursos.

Diferentemente dos países europeus, não há, no Brasil, lei que vede especificamente os discursos odiosos. Na Câmara dos Deputados, há um Projeto de Lei (PL)³⁰ em tramitação, apresentado pelo Deputado Federal Assis Melo, do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), que visa criminalizar a intolerância, o ódio, o preconceito, exclusão e violência, cometidos via internet (BRASIL, 2015).

Em 2020, também na Câmara dos Deputados Federais, outro Projeto de Lei no mesmo sentido foi apresentado pela Deputada Policial Katia Satre, do Partido Liberal (PL)³¹, com objetivo de alterar os artigos 286 e 287, do Código Penal, que versam sobre incitação ao crime e apologia de crime, respectivamente (BRASIL, 1940):

O presente projeto de lei visa trazer ao Código Penal a previsão expressa, para que na aplicação da lei penal seja observado se a manifestação artística tem o objetivo de apologia ou incitação ao crime, coibindo esse tipo de prática, e protegendo a criança e o adolescente, que são os mais influenciáveis pelo discurso de ódio (BRASIL, 2020).

Em setembro de 2020, o Deputado Federal, Eduardo Bolsonaro, do Partido Social Liberal (PSL), de São Paulo, apresentou Projeto de Lei³² com intuito de criminalizar a apologia ao nazismo e ao comunismo, alterando a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983). De acordo com o Deputado, o PL foi inspirado na lei ucraniana que condena regimes totalitários nacional-socialistas, bem como proíbe propagandas de seus símbolos (BRASIL, 2020). Eduardo Bolsonaro justificou, ainda, que o projeto se baseava na defesa da liberdade:

Diante deste arcabouço ora exposto, o projeto baseia-se em uma única vertente: a liberdade. Como guardiões desta, devemos combater qualquer ideologia que destrua este aspecto tão fundamental na vida do brasileiro. Cabe a nós, parlamentares, repudiar todo tipo de totalitarismo. Parafraseando a filósofa russa Ayn Rand, que foi uma das vítimas deste tipo de opressão, aqueles que negam os direitos individuais não podem se dizer defensores de minorias (BRASIL, 2020).

No Senado, estava em tramitação o Projeto de Lei 323, de 2017, de autoria do Senador Paulo Bauer, do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), de Santa Catarina, que alterava “a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), que estabelece quais são os princípios, as garantias, os direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, para coibir a propagação de discurso de ódio nas redes sociais” (BRASIL, 2017). O Projeto de Lei do Senado foi retirado pelo próprio autor e está arquivado³³.

A questão da tutela do discurso de ódio não é binária: ou se proíbe, ou se aceita. Mas, como esclarece Winfried Brugger, se analisada em escala mundial, há dois grupos de países com claras definições a favor e contra o discurso de ódio: os Estados Unidos, que quase sempre toleram o *hate speech* em defesa da liberdade de expressão; e Alemanha, juntamente com os Estados Membros do Conselho da Europa, “que identificam no discurso de ódio mais ódio do que um discurso, negando ao discurso um primado genérico com relação à tutela da dignidade, honra, igualdade, civilidade e paz pública” (BRUGGER, 2007, p. 181).

No Brasil, a discussão sobre esse polêmico aspecto da liberdade de

expressão ainda está em aberto e incipiente. Como visto no capítulo 5, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.424, a questão central não foi colisão de direitos fundamentais, e sim, a construção jurídico-constitucional do termo racismo. Do mesmo modo, na ADO 26, quando se debateu sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, os limites do direito à liberdade de expressão ficaram em segundo plano.

A decisão de criminalização da homofobia e da transfobia, do ponto de vista moral, é considerada uma conquista para o grupo, pois era uma das principais demandas da comunidade LGBTI+. O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto na ADO 26, ressaltou que a Corte Constitucional desempenha três papéis no Estado Democrático. Quais sejam: a função contramajoritária; representativa e iluminista. Faz parte da “função iluminista”, segundo ele, “promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria” (BRASIL, 2019, p. 16). Foi nesse sentido que o Ministro Barroso reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional.

Porém, sob a ótica jurídica, a decisão ignorou aspectos da legalidade. Afirmar isso não é desconhecer a existência de preconceito e discriminação em relação aos homoafetivos e pessoas transexuais. É evidente que a homofobia e transfobia são atos ilegais e que devem ser punidos. Ensina Gustavo Badaró: “isso não significa, porém, que quem assim agir estará praticando um ato de preconceito racial e, muito menos, que possa ser punido pelas figuras que caracterizam o crime de racismo, previstas na Lei nº 7.716/1989” (BADARÓ, 2019.)

Essas condutas deveriam ser tipificadas como crimes contra a honra, ou criminalizadas com tipo penal próprio, por meio do Congresso Nacional. Para Gustavo Badaró, a criminalização de condutas não ataca verdadeiramente o problema. É uma solução simplória, sem efetividade. Causa a ilusão de que o problema foi resolvido, mas, ao contrário, apenas satisfaz o punitivismo

desenfreado e a hipertrofia do Direito Penal (BADARÓ, 2019).

A maioria formada pelo STF, no julgamento da ADO 26, é definida por Gustavo Badaró como verdadeiro “truque ilusionista”, pois não cabe ao julgador reescrever a lei e, sim, interpretá-la: “Ao Estado é muito mais difícil criar políticas públicas eficientes, a partir da educação para o convívio harmônico com as diferenças em nossa sociedade. Então, cria-se um tipo penal e dá-se a falsa impressão que o problema deixou de existir” (BADARÓ, 2019).

No ensaio “sobre a liberdade de pensamento e a discussão”, John Stuart Mill³⁴ escreveu que é um roubo à humanidade silenciar a expressão de uma opinião. “Se a opinião for correta, ficarão privados da oportunidade de trocar erro por verdade; se estiver errada, perdem uma impressão mais clara e viva da verdade, produzida pela sua confrontação com o erro – o que constitui um benefício quase igualmente grande” (MILL, 2011, p. 30).

Quanto ao argumento de que a liberdade de expressão deve ser exercida, desde que moderadamente, sem ultrapassar os limites de uma discussão justa, Mill acredita que se possa dizer ser impossível fixar esses supostos limites:

Muito se podia dizer acerca da impossibilidade de fixar esses supostos limites; pois se o teste for o fato de aqueles cuja opinião é atacada ficarem ofendidos, penso que a experiência demonstra que haverá uma ofensa sempre que o ataque for eficaz e poderoso, e que qualquer oponente que puxe muito por eles (e a quem eles tenham dificuldade em responder) lhes parece imoderado, bastando para tal que mostre um sentimento forte sobre o assunto (MILL, 2011, p. 56).

A diversidade de opiniões e o pluralismo de ideias são essenciais para a formação do Estado Democrático de Direito. Nesse ínterim, é necessário discutir os limites do direito à liberdade de expressão e sobre a melhor solução para combater o discurso de ódio, levando-se em conta as peculiaridades e as características brasileiras, enquanto Estado e sociedade.

A liberdade de expressão não é imprescindível apenas para descoberta da verdade. É a liberdade de expressão que garante a participação do cidadão no processo democrático e, ainda, é um valor em si mesmo, que constitui aspecto da

realização individual e pessoal de cada ser humano (RODRIGUES JUNIOR, 2008, p. 66).

Com o advento da internet e o avanço das redes e mídias sociais, um movimento conhecido como “cultura do cancelamento” ganhou força. Consiste na interrupção de apoio a alguma pessoa, física ou jurídica, que tenha cometido determinado ato considerado inaceitável para os usuários das redes sociais. É uma conduta altamente intolerante, com o consequente silêncio de pessoas, que se sentem amedrontadas pelo “Tribunal da Internet”, e enfraquecimento do debate público. O bom debate público carece da diversidade de opiniões, da desconstrução de más ideias com mais discursos, e não com o “cancelamento”.

Essa prática foi considerada como “crescente intolerância” por mais de 150 escritores, acadêmicos e intelectuais, que publicaram uma “Carta sobre justiça e debate aberto”, em julho de 2020, na *Harper’s Magazine*. Dentre os assinantes estão: Noam Chomsky, Salman Rushdie, Gloria Steinem, Margaret Atwood, Martin Amis, J. K. Rowling³⁵. A carta é uma crítica severa a “atmosfera sufocante” que restringe o debate, sejam as restrições feitas por um governo repressivo ou por uma sociedade intolerante. Para o grupo, essa restrição “prejudica invariavelmente aqueles que não têm poder e torna todos menos capazes de participação democrática” (HARPER’S MAGAZINE, 2020).

Más ideias não são derrotadas pelo silêncio ou afastamento. Para os escritores da “Carta”, é preciso correr riscos e até errar, mas é necessária uma cultura que deixe espaço para experimentos. Veja o fragmento:

A livre troca de informações e idéias, a força vital de uma sociedade liberal, está diariamente se tornando mais restrita. Embora esperemos que isso seja da direita radical, a censura também está se espalhando mais amplamente em nossa cultura: uma intolerância a opiniões opostas, uma moda de vergonha e ostracismo públicos e a tendência de dissolver questões políticas complexas com uma certeza moral ofuscante. Defendemos o valor da contra-fala robusta e até cáustica de todos os setores. Mas agora é muito comum ouvir pedidos de retribuição rápida e severa em resposta às transgressões percebidas da fala e do pensamento (HARPER’S MAGAZINE, 2020, tradução da autora).

Em junho de 2020, gigantes do mercado como a Coca-Cola, Adidas, Walt

Disney, Starbucks, Honda, Unilever, Pepsi, dentre outras centenas de empresas, retiraram os anúncios e publicidades da rede social *Facebook*, com o intuito de pressionar a plataforma a ter uma atuação mais incisiva na remoção de conteúdos que promovam discursos de ódio. Ao todo, mais de 500 marcas fizeram um “boicote” a mídia social de Mark Zuckerberg, e isso fez com que o *Facebook* perdesse mais de US\$ 50 bilhões (dólares) em valor de mercado (O GLOBO, 2020).

A retirada de publicidades faz parte da campanha *Stop Hate for Profit* (em português: Parem o ódio pelo lucro). Grupos de direitos civis se reuniram com as multinacionais, numa tentativa de pressionar o *Facebook* a tomar medidas para banir os discursos de ódio e que incitassem a violência na plataforma. No Brasil, a campanha não ganhou forte adesão de grandes companhias brasileiras (O GLOBO, 2020).

Mesmo com a queda em valores de mercado, as ações se recuperaram em poucos dias. No ano passado, o *Facebook* informou que os “seus cem principais anunciantes representavam menos de 20 por cento da receita total de anúncios” (O GLOBO, 2020). Porém, o dano causado à imagem da rede ainda não foi mensurado.

“A sociedade é mais do que um encontro em praça pública, e o Estado significativamente mais que um mediador” (FISS, 2005, p. 56). Owen Fiss critica aqueles que consideram a sociedade como um grande encontro em praça pública, pois pressupõe uma agenda que exigiria uma ação estatal. Fiss alerta que não é uma boa ideia escolher alguém interessado no resultado do debate público para presidir um encontro, sob o argumento de que estão preocupados em enriquecer o debate (FISS, 2005, p. 55/57).

O direito à liberdade de expressão também possui um conflito entre duas dimensões, a defensiva e a protetiva, que ao mesmo tempo, limita e exige uma atuação estatal (BINENBOJM, 2003, p. 362). É necessário um equilíbrio, que é

complexo e delicado:

Nesse equilíbrio delicado e complexo, qualquer excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que qualquer omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa (BINENBOJM, 2003, p. 362).

Para Owen Fiss, há fina ironia em relação ao papel do Estado e o direito à liberdade de expressão e de imprensa, sendo necessário aperfeiçoar o senso de proporcionalidade: “Nós devemos aprender a abraçar uma verdade que é cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também algumas coisas maravilhosas para fortalecê-la” (FISS, 2005, p. 144).

A regulação estatal realmente ofereceria melhoras ao debate público? O Estado teria algum interesse no controle das opiniões e das vozes do debate público, e deveria atuar como um mediador das expressões sociais?

6.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

As situações fáticas e jurídicas, muitas vezes, se tornam dilemas morais que não são tão simples de solucionar e objetivam criar uma teoria de justiça que, eventualmente, podem ser contraditórias.

“Dilemas são caracterizados como aquelas situações em que o deliberador deve escolher entre alternativas distintas e que não podem ser realizadas ao mesmo tempo” (GHIDOLIN, 2015, p. 218). O caso de Ellwanger e a publicação de livros com conteúdo antissemitas evidencia um dilema moral e jurídico, entre a liberdade de expressão e a dignidade humana do povo judeu. As situações de conflito entre normas são comuns, tanto na esfera jurídica, quanto nas questões cotidianas em relação a interesses e direitos antagônicos entre si. A melhor saída é a análise das peculiaridades do caso concreto.

Diante de um dilema, é preciso enfrentar os fatores relevantes de cada circunstância para se tomar uma decisão. Essa articulação de fatores corresponde aos deveres *prima facie*, apresentados por David Ross como deveres contributivos para se realizar, ou não, determinada ação (REBELO, 2013, p. 184). Esses deveres considerados *prima facie* não são absolutos e, sim, tendenciais: “Não se trata de um conjunto coerente e hierarquicamente estruturado, pois o processo de determinação de qual o dever *prima facie* de maior força só pode ser verificado no processo de deliberação do agente perante um dilema moral concreto” (REBELO, 2013, p. 184).

Ross não estabelece uma regra de qual caminho deva ser seguido. Robert Alexy procura responder a essa questão e complementa a filosofia de David Ross. A “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Alexy, considera os princípios como “mandamentos de otimização”, ou seja, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível (ALEXY, 2015, p. 90):

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2015, p. 90).

Ser um mandamento de otimização não significa ser definitivo, é apenas *prima facie*. “Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio” (ALEXY, 2015, p. 104).

A aplicação dos princípios pode ser desconsiderada, no caso concreto, sem que isso signifique que seja incompatível com a lógica do sistema jurídico no qual está inserido (GABRICH, 2010, p. 51):

Isso, contudo, não permite concluir que alguns princípios têm importância relativa, por estabelecerem apenas direção programática, nem muito menos que, quando o caso concreto não é acobertado por uma regra clara e objetiva, o juiz deve exercer o seu poder discricionário para decidi-lo por meio da criação de um novo padrão jurídico-normativo de conduta

(GABRICH, 2010, p. 51).

De acordo com Robert Alexy, enquanto as regras entram em conflito, os princípios colidem. Isso quer dizer que as regras ou são satisfeitas, ou não. As regras são determinações do que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2015, p. 92/93). No outro giro, eventual colisão entre princípios é solucionada de forma diversa:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2015, p. 94/95).

A diferenciação entre regras e princípios de Alexy permite concluir que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República são considerados princípios, como é o caso do direito à liberdade de expressão e as garantias dele decorrentes. A colisão entre os princípios é resolúvel por meio de sopesamento, em que as variáveis do caso concreto são consideradas para atribuir qual direito deve prevalecer e sob qual medida, em detrimento do outro.

A natureza principiológica dos direitos fundamentais se conecta com a máxima da proporcionalidade, com as suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2015, p. 117).

No julgamento do Caso Ellwanger, os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, embora tenham votado de maneira diversa, utilizaram expressamente o princípio da proporcionalidade.

O Ministro Marco Aurélio, ao votar utilizando-se do princípio da proporcionalidade, perpassou pelos três subprincípios: a conformidade e adequação dos meios; a exigibilidade ou necessidade desses meios; e a

proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, ressaltou que analisaria o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul “sob um ângulo diferente” do que foi feito pelo Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2004, p. 47).

Pelo subprincípio da “adequação”, Marco Aurélio concluiu que proibir Ellwanger de manifestar seus pensamentos não é o meio adequado para coibir a discriminação contra o povo judeu e que, ao lerem a visão histórica de Ellwanger, não significa que os leitores irão concordar com o teor do livro (BRASIL, 2004, p. 48).

Marco Aurélio aproveitou para refletir sobre as diferenças entre preconceito, discriminação e racismo:

Preconceito, no sentido etimológico, quer dizer conceito prévio, opinião formada antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos, idéia preconcebida. Ora, todos nós temos “pré-conceitos” acerca de muitos fatos da vida, desenvolvidos com base em experiências nutridas ou em ideais a que perseguimos. Preconceito não quer dizer discriminação, esta sim, condenável juridicamente, porque significa separar, apartar, segregar, sem que haja fundamento para tanto. Muito menos, preconceito revela óptica racista. A maior parte dos preconceitos fica apenas no âmbito das ideias, das reservas mentais, não chegando a ser externada. E ninguém sofre pena pelo ato de pensar, já dizia o brocardo latino. O preconceito, sem se confundir com o racismo, só se torna punível quando é posto em prática, isto é, quando gera a discriminação, ainda em seu sentido aquém do racismo, sem que se tenha, nesse caso, a cláusula da imprescritibilidade (BRASIL, 2004, p. 48).

Quanto ao subprincípio da exigibilidade ou necessidade, “segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar” (BRASIL, 2004, p. 49), o Ministro Marco Aurélio argumentou que a única solução cabível era conceder a ordem do habeas corpus, vez que a restrição ao direito de livre manifestação do pensamento não garante a dignidade do povo judeu (BRASIL, 2008, p. 49).

Por fim, na análise do último subprincípio, chamado de proporcionalidade em sentido estrito ou “lei da ponderação”, Marco Aurélio ressaltou que quando o Judiciário chama para si o papel de censor de obras publicadas ou tão somente editadas abre perigoso precedente:

Vários livros escritos por autores que já faleceram continuam sendo publicados, e, em alguns

deles, pode-se observar conteúdo discriminatório e até racista. Assim, caberia ao Judiciário exterminar essas fontes de conhecimento do cenário nacional? Quem seriam os responsáveis solidários? Todas as editoras que já publicaram tais livros? Ou apenas a editora que continua a publicá-los? (BRASIL, 2004, p. 51).

Assim, o Ministro Marco Aurélio, “aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu”, a condenação de Ellwanger não é o meio mais adequado, necessário e razoável (BRASIL, 2004, p. 53).

No outro giro, o Ministro Gilmar Mendes, que foi lembrado por Marco Aurélio, mencionou que a colisão de direitos fundamentais deve ser resolvida caso a caso. Segundo ele, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, deveria prevalecer os fundamentos de dignidade da pessoa humana e do pluralismo político (BRASIL, 2004, p. 16).

Robert Alexy, ao explicar o terceiro subprincípio da ponderação: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam” (ALEXY, 1999, p. 78). Aos críticos que afirmam que a técnica da ponderação não é um procedimento racional, Robert Alexy afirma que o exame das três fases mostra que “o ceticismo acerca da ponderação é injustificado” (ALEXY, 1999, p. 78).

Para Alexy, a teoria dos princípios estrutura de forma racional a solução de colisões de direitos fundamentais, e ainda proporciona um meio termo entre vinculação e flexibilidade (ALEXY, ano, p. 79). Sobre a Constituição brasileira e os numerosos direitos fundamentais, Alexy avaliou, em palestra proferida na Escola Superior da Magistratura Federal, em dezembro de 1998:

Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. **A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível.** Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma “reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação (ALEXY, 1999, p. 79).

Os direitos fundamentais estão no centro da atual Constituição brasileira, e demonstram o projeto de Estado que se objetiva alcançar. Isso tem repercussões práticas, principalmente no que concerne à atuação estatal (SALES, 2019, p. 805). Os direitos fundamentais são os valores implícitos à humanidade, e é a dignidade da pessoa humana o cerne das constituições contemporâneas (SALES, 2019, p. 805).

A escala de globalização vivenciada no mundo todo requer o surgimento de novos direitos. Contudo, quanto maior o número de direitos fundamentais, e quanto mais vago e abstrato for o conteúdo, maior será a incidência de colisões. Desse modo, “a valoração dos direitos fundamentais, compreendidos por Robert Alexy como princípios, deve ser guia para as decisões judiciais” (LIMA; MAGALHÃES; DIAS, 2017, p. 61).

Não se pretende com esta obra fazer uma defesa do discurso de ódio. O discurso de ódio é um dos polêmicos aspectos da liberdade de expressão e vai de encontro com outros direitos constitucionais assegurados. Mas, ao proibir de forma indiscriminada, por meio de leis, determinadas formas de manifestações do pensamento, incorre-se no risco de não se buscar a verdade dos fatos com a disseminação de mais ideias na busca de um debate amplo, que valorize a pluralidade de valores, enquanto características da democracia.

Nesse sentido, o Princípio da Proporcionalidade se coloca como diretriz hermenêutica. As situações envolvendo a colisão da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento com outros direitos constitucionais são analisadas caso a caso, considerando-se as peculiaridades.

A liberdade de expressão, assim como outros direitos constitucionais, objetiva a máxima realização. Por essa razão, não há lugar para presunções de preferências entre as garantias fundamentais, “sob pena de restarem relegados de aplicabilidade nos casos concretos alguns desses direitos fundamentais, o que não se concebe num Estado Democrático de Direito” (VIANA, 2018, p. 65).

Proibir uma obra, ou até mesmo uma simples postagem em redes sociais, não significa que aquele conteúdo estará indisponível. Inclusive, o Ministério Marco Aurélio fez essa ressalva, em seu voto no HC 82.424, de que há outras “maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a *internet*” (BRASIL, 2004, p. 50).

Samantha Meyer-Pflug chama atenção para o fato de que muitas vezes, os autores dos discursos de ódio desejam a polêmica e a exposição da proibição. Esses autores se beneficiam dessa execração que atrai a mídia e a sociedade (MEYER-PFLUG, 2009, p. 230).

A mera proibição legal do discurso de ódio não ataca a origem do problema. O filósofo belga, Raoul Vaneigem, ao escrever “Nada é sagrado, tudo pode ser dito: reflexões sobre a liberdade de expressão”, preceitua que os discursos odiosos morrem do próprio veneno:

Os pensamentos odiosos perecem de seu próprio veneno. Deixem-nos exprimirem-se e eles se condenarão por si mesmos quando, a exemplo da liberdade que vocês lhes conferirem, os costumes, em vez de se esconderem medrosamente por trás dos muros de uma proteção ilusória, se abrirão a mais humanidade, a mais inteligência, a uma maior compreensão que, suspendendo os interditos, desencorajará sua transgressão (VANEIGEM, 2004, p. 33/34).

Impor limites à atuação discricionária do Estado é essencial para o pleno exercício da democracia. “No entanto, essa é apenas parte da história. Muitas vezes, a liberdade absoluta em relação ao Estado não garante, por si só, o pluralismo no debate público” (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 16).

Garantir o pluralismo pode ser alcançado com o auxílio do Estado, ao incentivar que as minorias exponham suas ideias e evitando a manipulação e distorções. É com base nisso que o “princípio da neutralidade de conteúdo” confere os mesmos direitos às partes conflitantes de um mesmo debate. Assim, deve o Estado atuar com intuito de fomentar a livre circulação de ideias e ampliação das minorias nas discussões (MEYER-PFLUG, 2009, p. 238).

Até mesmo nos dilemas mais simples da vida cotidiana é difícil crer que

exista apenas uma única resposta correta. A questão da regulamentação dos discursos de ódio deve ser precedida de discussões livres, abertas e amplas, sob vários aspectos. Deve-se ter cuidado com o fortalecimento estatal em detrimento da autonomia individual. O remédio não pode incorrer no risco de ser mais prejudicial do que a doença. A liberdade de expressão possui aspectos polêmicos, mas, ainda assim, é essencial para o funcionamento e desenvolvimento dos valores democráticos. Regular o discurso de ódio não é a solução do problema. Talvez não resolva nem mesmo as consequências.

“É fácil ser uma sociedade tolerante e que protege a liberdade de expressão enquanto não são atingidos ou atacados seus valores fundamentais. Só se sabe se uma sociedade é tolerante, analisando qual a sua postura diante do questionamento de seus fundamentos” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 247).

Sobre ser tolerante com opiniões e intolerantes com atitudes, Raoul Vaneigem:

A absoluta tolerância com todas as opiniões deve ter por fundamento a intolerância absoluta com todas as barbáries. O direito de tudo dizer, de tudo escrever, de tudo pensar, de tudo ver e ouvir decorre de uma exigência prévia, segundo a qual não existe nem direito nem liberdade de matar, de torturar, de maltratar, de oprimir, de constranger, de privar de alimento, de explorar. A pretensa liberdade de predação é um non-sense que cabe a nós erradicar no homem e na sociedade em via de humanização (VANEIGEM, 2004, p. 20).

As manifestações do pensamento se reinventam, se ampliam. A proibição pode ser tentadora e gerar efeito reverso do pretendido. Ser contrário às restrições de formas discursivas não significa apoiá-las. Ao contrário, significa propor que mais ideias estejam presentes no debate público para que as boas ideias se destaquem e desconstruam as manifestações preconceituosas, discriminatórias e racistas.

6.3 A (IN)TOLERÂNCIA E A PRESERVAÇÃO DO ESPAÇO DEMOCRÁTICO

As polêmicas em torno da (in)tolerância não são privilégio do século XXI. John Locke escreveu a “Carta sobre a Tolerância” em 1689, ao defender a separação entre Estado e Igreja, e o tema já era espinhoso.

A tolerância não é apenas uma virtude do indivíduo, uma qualidade ou defeito. Ela traz consequência de ordem prática e jurídica. Segundo Norberto Bobbio (2004, p. 86), a tolerância possui diferentes conceitos, que são usados em diferentes contextos. O conceito que é historicamente predominante “é o problema da convivência de crenças (primeiro religiosas, depois também políticas) diversas” (BOBBIO, 2004, p. 86).

Bobbio explica que, atualmente, o conceito de tolerância foi generalizado para as questões de convivência das minorias, sejam elas étnicas, linguísticas, ou raciais. São pessoas definidas como “diferentes”, como são os loucos, os homoafetivos ou os deficientes (BOBBIO, 2004, p. 86). Norberto Bobbio destaca que existem dois modos de se entender, praticar e justificar a tolerância:

Uma coisa é o problema da tolerância de crenças e opiniões diversas, que implica um discurso sobre a verdade e a compatibilidade teórica ou prática de verdades até mesmo contrapostas; outra é o problema da tolerância em face de quem é diverso por motivos físicos ou sociais, um problema que põe em primeiro plano o tema do preconceito e da consequente discriminação. As razões que se podem aduzir (e que foram efetivamente aduzidas, nos séculos em que fervia o debate religioso) em defesa da tolerância no primeiro sentido não são as mesmas que se aduzem para defender a tolerância no segundo. Do mesmo modo, são diferentes as razões das duas formas de intolerância (BOBBIO, 2004, p. 86).

Norberto Bobbio esclarece que ser tolerante não significa renunciar à própria convicção. Significar compreender que a “verdade tem tudo a ganhar quando suporta o erro alheio, já que a perseguição, como a experiência histórica o demonstrou com frequência, em vez de esmagá-lo, reforça-o. A intolerância não obtém os resultados a que se propõe.” (BOBBIO, 2004, p. 87).

A tolerância com as opiniões contrárias e com as ideias errôneas é uma forma de assegurar o exercício da liberdade de expressão e fortalecer a democracia. Ao assegurar a liberdade de expressão, garante-se um “espaço público de debate no qual todas as opiniões, por mais diversas e antagônicas que

sejam, sobre todos os temas políticos, sociais, econômicos, religiosos, entre outros, são levadas em consideração” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 222).

A tolerância também requer o rompimento dos próprios conceitos e pré-conceitos, com intuito de se abrir às novas ideias. Romper os próprios pré-conceitos, às vezes, é doloroso. Demanda a quebra de paradigmas, de pensamentos e ações que o ser humano está acostumado.

Um estudo da psicologia, feito por Leon Festinger, citado por Renato Brasileiro de Lima, constatou que os seres humanos tendem a buscar uma zona de conforto, chamada de consonância cognitiva. A partir dessa busca, a pessoa desenvolve, de modo voluntário e involuntário, de modo a evitar o sentimento de incômodo da dissonância cognitiva. Assim, a pessoa busca um estado de coerência entre suas opiniões, decisões e atitudes. Esse estudo ficou conhecido como “Teoria da Dissonância Cognitiva”, que concluiu a existência de uma “tendência natural do ser humano à estabilidade cognitiva, intolerante a incongruências, que são inevitáveis no caso de tomada de decisões e de conhecimento de novas informações que coloquem em xeque a primeira impressão” (LIMA, 2020, p. 123).

Essa premente necessidade humana de buscar sempre os argumentos que corroborem com os próprios pontos de vista dificulta as aplicações dos preceitos de tolerância. Antônio Carlos dos Santos ensina que a preservação da existência é um dos traços da vida moderna e que a tolerância, defendida por Locke, “é instituída pelo convencimento dos envolvidos de que é possível conviver com credos e religiões distintas num mesmo espaço, e que a paz depende tanto da religião quanto da política, para frear a violência” (SANTOS, 2013, p. 10).

O afastamento da regulação do discurso de ódio em prol da liberdade de expressão é também uma questão de liberdade e tolerância do Estado para com o indivíduo, e vice-versa. Antônio Carlos dos Santos faz uma interpretação do conceito de tolerância para o filósofo inglês John Locke, e chama atenção para a

premissa de Locke de que Estado e Igreja devem possuir atuações separadas, pois existem coisas sobre as quais o Estado não deve legislar: “Posto isso, não há justificativa para usar a força na conversão de alguém, pois isso seria atentar contra sua liberdade e impor uma opinião que é meramente especulativa, já que não é possível chegar a uma certeza absoluta das verdades celestiais” (SANTOS; VIANA, 2017, p. 129).

Ao defender a separação entre o Estado e a Igreja, John Locke é um defensor da liberdade religiosa e, consequentemente da liberdade de expressão. Na concepção de Locke, o Estado “parece ser uma sociedade de homens constituída unicamente para preservar e promover os seus bens civis” (LOCKE, 2020, p. 39). Para Locke, os bens civis mencionados são a vida, a liberdade, a integridade do corpo e a ausência de dor, bem como a propriedade e posse de terras e dinheiro (LOCKE, 2020, p. 39).

Debater sobre tolerância é “hodierno, universal e necessário aos nossos dias” (PEREIRA, 2017, p. 150). Luciana Diniz Pereira acrescenta que a tolerância não é natural, ainda que tenha múltiplas e intrínsecas nuances. A tolerância é uma construção social, que possui maior ou menor grau de reprovação e aceitação daquilo que é desconhecido e diverso (PEREIRA, 2017, p. 150).

A tolerância é contrapeso frente à essência desprezível do ser humano:

Logo, se as afirmações maquiavélicas e hobbesianas sobre a essência vil e malévola do homem forem tomadas como verdadeiras, a tolerância pode ser introjetada como o contrapeso, como a possível via de escape às irracionais paixões humanas que nos afastam de todos os outros, que nos repelem de todas as diferenças que não as compatíveis com a moralidade, com as crenças e com os desejos mais particulares e profundos do íntimo do ser (PEREIRA, 2017, p. 150).

Em sociedades caracterizadas pelo conflito e pela impossibilidade de reconciliação de diferentes doutrinas religiosas e morais, lembra Giuliano Fernandes que é ainda mais primorosa a temática da tolerância. Como é o caso do Brasil, e também dos Estados Unidos, países marcados por situações de polarizações políticas (FERNANDES, 2018, p. 64).

Aqueles que tudo condenam são fanáticos. Assim é a definição de John Locke. Das diferentes circunstâncias nascem diferentes caminhos, com destino a diferentes lugares. Não é possível saber quem está na estrada e na direção correta:

Entretanto, concedamos a esses fanáticos, os que condenam tudo que não lhes parece próprio, que dessas circunstâncias nascem diferentes caminhos que levam a diferentes lugares. O que tiramos disso, afinal? Que, em verdade, entre eles, há apenas um caminho de salvação. Entretanto, entre os milhares de caminhos que os homens percorrem, há controvérsias sobre o correto (LOCKE, 2020, p. 61)³⁶.

Para aprimorar a democracia é preciso assegurar a livre circulação de ideias, opiniões diversas e antagônicas sobre qualquer assunto. A liberdade de expressão não se mantém sem opiniões públicas livres, além de ser uma forma de fiscalização do exercício do poder estatal. “É imperioso que o indivíduo possa desfrutar da possibilidade de criticar, alertar, fiscalizar e controlar o próprio exercício dos mandatos eletivos. O poder de autodeterminação do indivíduo é adequado e útil para o regime democrático” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 223).

Ser tolerante é buscar o equilíbrio. Os conflitos sociais sobre opiniões antagônicas, que permanecem no campo do livre mercado de ideias, devem ser solucionados pela sociedade, e não com a interferência legislativa do Estado. “O debate público deve poder ser realizado de forma aberta e robusta, para que nenhuma crítica possivelmente relevante seja excluída do mercado das opiniões” (BRUGGER, 2007, p. 189).

Michael Sandel, em “Justiça: o que é fazer a coisa certa?”, espelha como é admirável a disposição humana, enquanto ser reflexivo resultado da história de vida e de particularidades, para compreender e aceitar argumentos contraditórios, e o quanto essa compreensão amplia os horizontes (SANDEL, 2015, p. 386).

Giuliano Fernandes reafirma que “as formas de expressão que odiamos são tão dignas de proteção quanto quaisquer outras” (FERNANDES, 2018, p. 157):

A essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e aqui liberdade de expressão é uma liberdade negativa, e isso não se aplica somente às formas de expressão heroicas, mas também

às de mau gosto, ou seja, não faria sentido a defesa da liberdade de expressão só para ouvirmos o que concordamos (FERNANDES, 2018, p. 157).

Mario Vargas Llosa decifrou a parábola do pensador político e historiador, Isaiah Berlin, sobre raposas e ouriços: “A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa³⁷”. Para Llosa, em todo ouriço há um fanático. E na raposa, há um cético e um agnóstico. São visões centrípetas em contraposição às ideias centrífugas. É o mundo imaginado de forma sistematizada e, do outro lado, uma observação múltipla e dispersa da realidade (LLOSA, 2019, p. 206).

“Quem julga ter encontrado a explicação última do mundo termina se aquartelando nela e se negando a saber qualquer coisa sobre as outras; quem é incapaz de conceber uma explicação desse tipo termina, mais cedo ou mais tarde, pondo em dúvida que ela possa existir” (LLOSA, 2019, p. 208).

Os ouriços inspiram em seus adeptos extraordinárias façanhas e revoluções. Uma visão centrípeta, de fé, requer atitudes heroicas. Mas, é graças às raposas que as noções de tolerância e pluralismo são mais fáceis de aceitar. E mais necessárias para viver. Isso significa que há pessoas incapazes de perceberem uma ordem única (LLOSA, 2019, p. 208).

Ouriços e raposas podem conviver tanto em uma mesma pessoa, como em sociedade. Em alguns campos, predominam as visões sistêmicas. Talvez seja mais fácil viver sem questionamentos. “Porque, embora seja mais fácil viver dentro da clareza e da ordem, é atributo humano inescapável renunciar a essa facilidade e, frequentemente, preferir a sombra e a desordem” (LLOSA, 2019, p. 209).

Se limitar a liberdade de expressão, limitasse o ódio, talvez isso justificasse a proibição legal. O que se tem visto, na prática, são pessoas que propagam os discursos odiosos se beneficiando da polêmica criada e dos holofotes midiáticos.

A democracia é barulhenta e deve conviver com opiniões contraditórias e antagônicas. Na democracia, ouriços e raposas devem coexistir, são os que gostam da ordem sistêmica, com núcleos articulados, e os que preferem as várias

ideias que, por vezes, podem ser diversificadas e até contraditórias.

-
- 30 Projeto de Lei 8.540/2017. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre a criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual (BRASIL, 2017).
Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2150854>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- 31 Projeto de Lei 361/2020. Altera os artigos 286 e 287 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), regulando a incitação e a apologia ao crime (BRASIL, 2020).
Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2237710>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- 32 Projeto de Lei 4425/2020. Altera a redação da Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983 e da Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, criminalizando a apologia ao nazismo e comunismo, e dá outras providências. (BRASIL, 2020).
Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261904>. Acesso em: 16 set. 2020.
- 33 Projeto de Lei do Senado n. 323, de 2017. Altera o Marco Civil da Internet (Lei 12965/2014) para coibir a propagação de discurso de ódio pelas redes sociais (BRASIL, 2017).
Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130820>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- 34 John Stuart Mill nasceu em 1806, em Londres. Era ativo politicamente e defendia posições controversas, à época, como o direito de voto das mulheres. Mill é lembrado nos dias atuais pelas obras “*Sobre a liberdade* (1859), em que defende que o Estado deve evitar ao máximo interferir na vidas das pessoas, e *Utilitarismo* (1861), em que defende o utilitarismo, segundo o qual a única coisa boa é o prazer, e a única coisa má a dor, e que há que maximizar o prazer e minimizar a dor” (MILL, 2011, p. 9).
- 35 “Carta sobre justiça e debate aberto” (HARPER’S, 2020). Disponível em: <https://harpers.org/a-letter-on-justice-and-open-debate/>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- 36 Em latim: *Verum demus zeloti, et omnia sua non sunt damnantibus, ex his circumstantiis diversas et in diversas tendentes nasci vias; quid tandem proficemus? Única ex his reverá salutis sit vias. Verum inter Mille, quas homines ingrediuntur, de recta ambigitur; nec cura reipublicae, nec legum condendarum jus, illam quae ducit ad caelum viam magistratui certius detegit quam suum privato studium* (LOCKE, 2020, p. 60).
- 37 “A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa” é um fragmento do poema grego escrito por Arquíloco, e desperta divergentes interpretações entre os acadêmicos. O verso foi utilizado pelo pensador político e historiador de origem lefã, Isaiah Berlin (1909-1997), no livro “O ouriço e a raposa: o ensaio sobre a visão histórica de Tolstói”. Suas obras encontram-se dispersas em publicações acadêmicas que, posteriormente, foram reunidas por Henry Hardy, que foi um dos seus discípulos (LLOSA, 2019, p. 183-184).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É o direito à liberdade de expressão que permite que esta obra seja escrita, debatida, discutida e criticada. É o direito à liberdade de expressão que permite que você, leitor (a), discorde das ideias aqui propostas e manifeste argumentos contrários. O objetivo proposto não foi fazer uma defesa do discurso de ódio. Ao contrário, foi demonstrar que a proibição das opiniões manifestamente odiosas não surte o efeito desejado. Más ideias se combatem com mais ideias.

A tolerância para aceitar, discutir, debater ideias contrárias e antagônicas é enriquecedora ao debate público. É contrabalancear a natureza humana de buscar fatos e argumentos que tão somente corroboram com as próprias visões do mundo e da sociedade.

Este equilíbrio deve ser buscado nas relações cotidianas e nas decisões judiciais. Por essa razão, sugere-se a aplicação da Técnica da Ponderação nos casos envolvendo a colisão de direitos fundamentais entre a liberdade de expressão, entendida em sentido amplo, e a dignidade da pessoa humana. Ser proporcional é aplicar o meio menos gravoso ao caso concreto, de acordo com as peculiaridades.

É claro que essa não é a solução para acabar com o discurso de ódio. As ideias e opiniões odiosas precisam ser combatidas, evitadas, e, quiçá, eliminadas. O questionamento feito é em relação ao tratamento jurídico conferido ao

discurso de ódio, o debate sobre pluralismo político, respeito pelas diversidades, enfraquecimento e fortalecimento do debate público e a virtude da tolerância.

Enquanto redigia essa obra, o meu propósito foi analisar criticamente os limites ao direito à livre expressão, a partir da possível proibição legal dos discursos odiosos.

Reafirmei a existência de um direito geral de liberdade, e também demonstrei a inexistência de uma terminologia dialética e uniforme, que mencionasse tanto a liberdade de expressão, quanto a livre manifestação do pensamento. Logo, adotei o termo “liberdade de expressão” enquanto gênero, que abrange as demais espécies de liberdade: liberdade de imprensa; liberdade religiosa; liberdade de opinião; livre manifestação do pensamento; liberdade artística; liberdade de locomoção; livre acesso às informações.

Do mesmo modo, é difícil encontrar uma definição uniforme para “discurso de ódio”. Para facilitar a compreensão, foi adotado o conceito de Winfried Brugger. São palavras que insultam, intimidam ou assediam pessoas, em virtude da raça, cor, etnia, nacionalidade ou religião. São ideias que incitam a discriminação, é mais do que mera antipatia.

Daí, a importância de não confundir o discurso de ódio com os crimes de ódios e com os insultos individuais, difamações, injúrias e calúnias dirigidas à determinada pessoa. Foi necessário recorrer à filosofia de Norberto Bobbio para diferenciar os conceitos de preconceito, discriminação e racismo.

Tanto o Supremo Tribunal Federal, como a Suprema Corte estadunidense, enfrentam calorosos debates constitucionais acerca do papel do Estado na garantia das liberdades de expressão e de imprensa.

A regulamentação do discurso de ódio é controversa. Friamente, tolerar os discursos odiosos parece ser incompatível com países democráticos, e que tenham como alicerce a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, fundamento e limite da liberdade de expressão.

A dignidade da pessoa humana, assim como a liberdade e como discurso de ódio, é conceito jurídico indeterminado. Mas que deve servir como razão para decisão de casos concretos, como uma diretriz de interpretação hermenêutica.

Os Estados Unidos da América possuem debate secular sobre a liberdade de expressão. Para os estadunidenses, a liberdade de expressão é valor humanista e culturalmente, é melhor proteger as “más ideias” do que proibi-las.

Na contramão dos demais países, os Estados Unidos possuem claros parâmetros de interpretação com atuação ativa da Suprema Corte. Adotam o princípio da neutralidade do estado e utilizam o critério de perigo claro e iminente. Por esse motivo, foi o país escolhido para realizar um direito comparado, com intuito de aprimorar as discussões sobre os limites do direito à liberdade de expressão no Brasil.

No Brasil, esse debate é ainda incipiente e o Supremo Tribunal Federal se mostra oscilante. Isso foi evidenciado com abordagem sobre o Caso Ellwanger; a criminalização da homofobia; a liberação da Marcha da Maconha; as manifestações de 2020.

Embora seja praticamente impossível criar uma Teoria do Direito que seja aplicável a qualquer sistema jurídico, não há dúvidas de que a liberdade de expressão é aprimoramento das democracias. É mecanismo de defesa do indivíduo contra os arbítrios estatais, é o livre-arbítrio para decidir sobre dilemas cotidianos; é a oportunidade de buscar conhecimento e quebrar os próprios pré-conceitos e dogmas.

Ao apostar todas as fichas no Direito Penal, como primeiro recurso para tentar solucionar questões sociais, incorre-se no risco de ocasionar a “hipertrofia” das leis penais. Na prática, isso gera um excesso de legislação sem eficácia e aumenta a ineficiência estatal. Criar leis criminalizadoras é uma alternativa rápida, que visa responder aos anseios da sociedade, mas que soluciona os conflitos apenas no campo da aparência. A consequência é uma

legislação complexa, de difícil interpretação, e uma insegurança social.

É temerário deixar a cargo do Congresso Nacional a criação de uma lei que possa macular o direito geral de liberdade. Não deve o Estado agir como mediador do debate público. Isso é desacreditar na democracia e na sociedade. Mais, é apostar todas as fichas no Direito Penal que, teoricamente, deve ser utilizado como *ultima ratio*.

Ora, o ordenamento jurídico brasileiro já possui mecanismos legais (cíveis e penais) e também constitucionais para punir aqueles que abusam do direito à liberdade de expressão. Eu sigo acreditando na possibilidade de contrapormos as opiniões odiosas com mais diálogo, e não pelo silenciamento. Más ideias se combatem com más ideias.

Ao longo de toda escrita, a liberdade de expressão esteve sob os holofotes da mídia e das redes sociais. É até difícil enumerar os últimos acontecimentos, no Brasil e nos Estados Unidos, que envolveram o direito à livre expressão. As diversas espécies e possíveis limitações do direito à livre expressão são tão polêmicas quanto o aspecto do discurso de ódio.

É importante salientar que o estudo sobre a liberdade de expressão não se esgota aqui. É preciso que esse assunto seja sempre discutido, debatido e que ideias sejam ouvidas e rebatidas, sempre no campo das ideias. Parafraseando o ilustre escritor português, José Saramago: não quero te convencer, nem tentar te colonizar, mas esta obra possibilita verificar que uma proibição legal às opiniões detestáveis, odiosas e repugnantes, pode ser um remédio pior do que a doença. Basta que uma geração abra mão da liberdade para que ela seja esquecida. E, dificilmente, será recuperada.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 17 ago. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>. Acesso em: 17 set. 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56088.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *In: Novos estudos CEBRAP*. São Paulo: Cebrap. vol. 110, jan/dez 2018, p. 13-32.
- BADARÓ, Gustavo. **Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista**. Opinião e Análise. JOTA, 24 de maio de

2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177.

Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 09 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e esclarecido: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, outubro de 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em 22 de junho de 2020. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>.

BENITEZ, Afonso. **Supremo ameniza crise com Senado e abre caminho para ‘perdão’ a Aécio**. El Pais, 11 de outubro de 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/11/politica/1507740544_240494.html. Acesso em: 18 jul. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional: As lições de Marbury v. Madison. *In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *In: Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003.

BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. *In*: FISS, OWEN. **A ironia da liberdade de expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BIROLI, Flávia. **Liberdade de imprensa**: margens e definições para a democracia durante o governo de Juscelino Kubistchek (1956-1960). *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 24, nº 47, p. 213-240. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbh/v24n47/a09v2447.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediouro. 1997.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.

BRASIL, **Ministério da Educação/Inep**. Mapa do analfabetismo no Brasil. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/informacao-da-publicacao/-/asset_publisher/6JYIsGMAMkW1/document/id/485756. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 dez. de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos**

do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1937. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Brasília, 1967. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 314, de 13 de março de 1967.** Dispõe sobre crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0314.htm. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei 13.188, de 11 de novembro de 2015.** Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm. Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL. **Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967.** Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. **Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor. Brasília, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em abr. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei 361/2020.** Altera os artigos 286 e 287 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), regulando a incitação e a apologia ao crime. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?>

idProposicao=2237710. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei 4425/2020**. Altera a redação da Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983 e da Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, criminalizando a apologia ao nazismo e comunismo, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261904)

idProposicao=2261904. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei 8.540/2017**. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre a criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual. Brasília, 2015. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2150854)

idProposicao=2150854. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 323, de 2017**. Altera o Marco Civil da Internet (Lei 12965/2014) para coibir a propagação de discurso de ódio pelas redes sociais. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130820>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**: ADO 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DJ:

28/06/2019. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>.

Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.071**. Relator: Ministro Menezes Direito. Distrito Federal. 22 de abril de 2009. DJ: 22/04/2009. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604046>.

Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 130**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJ: 30/04/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 187**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 24/06/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691505>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 82.424**. Paciente: Sigfried Ellwanger. Relator: Moreira Alves. Rio Grande do Sul, 17 de setembro de 2003. DJ: 19/03/2004. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4828**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRINK, Davi O. Princípios de Millian, liberdade de expressão e discurso de ódio. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA**. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 179-194.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2015.

CANTISANO, Pedro. Supremo Oscilante. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe.; **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte (MG), 2017, p. 107-109. *E-book*.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTELLA, Antonio Fernando. **O controle da informação no Brasil**: evolução histórica da legislação brasileira de imprensa. Petrópolis: Vozes, 1970.

DA COSTA, Carla Regina Clark; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. A proteção dos direitos fundamentais pelo processo constitucional no estado democrático de direito. **Pistis Prax**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 891-207, set./dez. 2014. Disponível em:
<https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/view/7115>. Acesso em: 24 ago. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: uma leitura moral da constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. SP: Martins Fontes. 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

ÉPOCA. Brasil é 2º em ranking de países que mais passam tempo em redes sociais. 6 de setembro de 2019. BBC NEWS BRASIL, Tecnologia. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/brasil-e-2-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.html>. Acesso em: 24 jun. 2020.

ERPA, Luiz Gustavo Martins. **A sociedade aberta e seus amigos**: o conceito de

sociedade aberta no pensamento político de Popper, Schumpeter, Hayek e Von Mises. 2007. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. doi:10.11606/T.8.2007.tde-17122007-122743. Acesso em: 06 fev. 2020.

FERNANDES, Giuliano. **A liberdade de expressão mesmo para os discursos que odiamos**: Um estudo a partir do debate entre liberais e comunitários e a defesa da concepção dworkiana de objetividade do valor moral. Orientador: Marcelo Campos Galuppo. 2018. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica (PUC) de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

FISS, Owen M. **A ironia da Liberdade de Expressão**: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Tradução Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FONTENELLE LOQUE, Flávio. Locke e a tolerância. *In*: **Carta sobre a Tolerância**. Tradução: Flávio Fontenelle Loque. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

FRAZÃO, Dilva. **Alexis de Tocqueville**: Pensador político e estadista francês. Ebiografia, 15 de maio de 2016. Disponível em: https://www.ebiografia.com/alexis_de_tocqueville/. Acesso em: 15 jul. 2020.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Seqüência** (Florianópolis), n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

GABRICH, Frederico de Andrade. **O Princípio da Informação**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, 2010.

GENTILLI, Davi Lopes. **Jornalismo e cidadania**: o direito à informação e o

telejornal Repórter Brasil da TV Brasil. 2013. Dissertação (Mestrado em Estudo dos Meios e da Produção Mediática) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.27.2013.tde-27022014-165159. Acesso em: 12 jan. 2019.

GHIDOLIN, Clodoveo. Os dilemas morais como conflitos de deveres disjuntivos. **Cognitio-Estudos: revista eletrônica de filosofia**, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 217-231, jan. 2016. ISSN 1809-8428. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/cognitio/article/view/19771/18981>. Acesso em: 10 ago. 2020.

HARPER'S MAGAZINE. **Carta sobre justiça e debate aberto**. 7 de julho de 2020. Disponível em: <https://harpers.org/a-letter-on-justice-and-open-debate/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Ed. 70, 1992.

LAFER, Celso. Parecer: o caso Ellwanger: o antissemitismo como crime de prática do racismo. Parecer apresentado e aceito pelo STF na condição de amicus curiae no julgamento do caso Ellwanger. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, Ano 41, nº 162, abr./jun 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/948>. Acesso em: 26 maio 2020.

LAGO, DAVI. Retratos da Leitura no Brasil. G1, 06 de janeiro de 2019, Política, Blog do Matheus Leitão. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/2019/01/06/retratos-da-leitura-no-brasil.ghtml>Acesso em: 24 jun. 2020.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à constituição americana**. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. *E-book*.

LEYSER, M. F. V. R. **Direito à liberdade de imprensa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. Disponível em:
<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/c44y59.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe; DIAS, Thaís Araújo. Conflitos dos direitos fundamentais na perspectiva da transnacionalização do direito: proporcionalidade e ponderação à luz de Robert Alexy. **Meritum**, v. 12, n. 2, p. 53-70, jul./dez. 2017. Disponível em:
<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5249>. Acesso em: 17 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

LLOSA, Mário Vargas. **O chamado da tribo**: Grandes pensadores para o nosso tempo. Trad: Paulina Watch e Ari Roitman. Objetiva, 2019. *E-book*.

LOCKE, John (1632-1704). **Carta sobre a tolerância**. Tradução: Flávio Fontenelle Loque. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

LOPES, Silvia Regina Pontes. **Crimes de ódio e repressão penal da homofobia no Brasil**: riscos para uma integração social agonística a partir da tensão entre conflituosidade, violência punitiva e democracia. Disponível em:
http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/12_46
Acesso em: 29 mar. 2020.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Teorias da COMUNICAÇÃO, hoje**. São Paulo: Paulus, 2016. Disponível em:
<https://www.paulus.com.br/loja/appendix/4395.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, vol. 1.

MEDRADO, Vítor. **Liberdade de expressão e democracia no Brasil: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Minas Gerais, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigodiscurso/anexo/munster_port.pdf Acesso em 19 jun. 2020.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart (1806-1873). **Sobre a liberdade.** Tradução Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MOLINA, Ana Heloísa. Fenômeno Getúlio Vargas: Estado, discursos e propagandas. **História & Ensino** (UEL), Londrina, v. 03, p. 95-112, 1997.

MOURA, Rafael Moraes. Ministros do Supremo repudiam ato a favor de intervenção militar visitado por Bolsonaro. O Estado de São Paulo. São Paulo, 19 abr. 2020. Política. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-assustador-ver-manifestacoes-pela-volta-do-regime-militar-diz-barroso,70003276434>. Acesso em: 16 set. 2020.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. Limites do direito e o pós-escrito de Hart: impressões de um advogado. **Meritum**, Belo Horizonte, v.8, p. 77-89, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1781>. Acesso em: 11 maio 2020.

MUZZI FILHO, Carlos Victor; MURTA, Antônio Carlos Diniz. O Controle de

Constitucionalidade no Brasil: Dilemas históricos do Supremo Tribunal Federal e as Reformas do Século XXI. **Conpedi Law Review**, v. 2, p. 315-334, 2016.

Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3638>. Acesso em: 01 maio 2020.

NAÇÃO *In.*: Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2019.

Disponível em: <https://www.dicio.com.br/nacao/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

O GLOBO. Ativistas não veem comprometimento de Zuckerberg e boicote contra o Facebook continua. 07 de julho de 2020. Disponível em:

<https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/ativistas-nao-veem-comprometimento-de-zuckerberg-boicote-contra-facebook-continua-24520356>. Acesso em: 19 jul. 2020.

O GLOBO. Negociações fracassam e boicote ao Facebook começa hoje. 01 de julho de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/2270-negociacoes-fracassam-boicote-ao-facebook-comeca-hoje-rv1-24509190>. Acesso em: 19 jul. 2020.

OYEZ. *Abrams v. Estados Unidos*. Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/250us616. Acesso em: 22 jun. 2020.

OYEZ. *Wisconsin v. Mitchell*. Disponível em: www.oyez.org/cases/1992/92-515. Acesso em: 10 maio 2020.

PEIXINHO, Manoel Messias. **Os Direitos Fundamentais nas Constituições**

Francesas. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1bc40d056bad6ec>. Acesso em: 13 dez. 2019.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **A proteção internacional da pessoa humana, a hospitalidade e os deslocamentos forçados por mudanças climáticas e por desastres ambientais: O por vir no Direito Internacional dos Refugiados à Luz do Direito Internacional para a Humanidade.** Orientador: Mariah Brochado Ferreira. 2017. 375 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Guia politicamente incorreto da Filosofia.** São Paulo: Leya, 2012. *E-book*.

RAMOS, Cesar Augusto. **Liberdade Positiva e Negativa no Liberalismo Político de Rawls.** Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/viewFile/8704/5> Acesso em: 11 dez. 2018.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um Paralelo com o Recente Ativismo Judicial da Suprema Corte Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 204, p. 25-42, out/dez 2014.

REBELO, Miguel. A ética dos deveres Prima Facie, de David Ross, será uma forma credível de deontologia? **Philosophica**, Lisboa, n. 42, 183-188, 2013.

REIS, Fabrício de Almeida Silva. **A atuação do supremo tribunal federal e a proteção constitucional das minorias, sob duas hipóteses: Função contramajoritária ou majoritária?** Orientador: Carlos Victor Muzzi Filho. 2020. 112 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Sociais, Humanas e da Saúde, da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação**: Limites e formas de controle. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

ROSENFELD, Michel. **Discurso de Ódio na Jurisprudência Constitucional**: Uma Análise Comparativa. Cardozo Law School, Public Law Research Paper, n. 41, 2001. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=265939>. Acesso em: 19 jun. 2020.

ROSENFELD, Michel. **Extremist Speech and the Paradox of Tolerance**. Harvard Law Review, vol. 100, no. 6, 1987, pp. 1457–1481. JSTOR. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1341168>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SALES, Pedro Carneiro. O conflito entre direitos fundamentais e interesse público: uma questão de proporcionalidade. **Meritum**, Belo Horizonte, v.14, n. 2, p. 801-830, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/7189>. Acesso em: 17 ago. 2020.

SALGADO, Karine. **A Filosofia da Dignidade Humana**: a contribuição do alto medievo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa? Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. *E-book*.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Pluralismo**: Perspectivas de Regulação. São Paulo. Saraiva, 2011.

SANTOS, Antônio Carlos dos. John Locke e o argumento da economia para a tolerância. **Transformação**, Marília, v. 36, n. 1, 2013. Disponível em: <http://revistas.marilia.unesp.br/index.php/transformacao/article/view/2913>. Acesso em: 18 jul. 2020.

SANTOS, Antônio Carlos dos. O Ateísmo no pensamento político de John

Locke. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 60, n. 143, p. 257-277, agosto de 2019. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2019000200257&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 jul. 2020.

SANTOS, Antônio Carlos dos.; VIANA, Mikael Morais. Notas sobre o conceito de coisas indiferentes na Carta de John Locke. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, v. 1, n. 30, p. 127-142, 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/138732>. Acesso em: 06 ago. 2020.

SÃO PAULO. Ministério Público Federal. **Arquivamento cível La Bete MAM**. Procuradora Regional da República: Marcela Moraes Peixoto. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/arquivamento-civel-la-bete-mam/view>. Acesso em: 16 set. 2020.

SÃO PAULO. Ministério Público. **Inquérito Civil 207/17**. Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da Capital: Eduardo Dias de Souza Ferreira. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2619236.PDF. Acesso em: 18 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. *In*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCANLON, Thomas M. A dificuldade da tolerância. **Novos estud.** – CEBRAP, São Paulo, n. 84, p. 31-45, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000200003. Acesso em 11 abr. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0101-33002009000200003>.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-book*.

SEDLER, Robert A. **Um ensaio sobre a liberdade de expressão**: Os Estados Unidos versus o resto do mundo. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SELEPAK, A.; SUTHERLAND, J. The Ku Klux Klan, Conservative Politics and Religion: Taking Extremism to the Political Mainstream. **Politics, Religion & Ideology**, [s. l.], v. 13, n. 1, p. 75–98, 2012. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=94381326&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 08 maio 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do Direito à Liberdade de Expressão: As Justificativas Instrumental e Constitutiva para a Inclusão no Catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 12, n. 1, set. 2017. ISSN 2317- 8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir%20/article/%20view/72978/43857>. Acesso em: 30 jul. 2020.

TERRA, F. Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade

de expressão: lições do cenário norte-americano. **Universitas Jus**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 163–187, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/unijus.v27i1.3551>. Acesso em: 30 mar. 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UNITED STATES (1968), Supreme Court. **U.S. Reports: Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444**. Library of Congress. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep395444/>. Acesso em: 25 maio 2020.

VANEIGEM, Raoul. **Nada é sagrado, tudo pode ser dito: Reflexões sobre a liberdade de expressão**. Parábola Editorial. São Paulo, 2004.

VIANA, Sandra Pio. **Memória, privacidade e liberdade de expressão: (in)aplicabilidade do direito ao esquecimento na atual sociedade tecnológica**. 2018. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Sociais, Humanas e da Saúde, da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/6759>. Acesso em: 18 ago. 2020.

WADE, Nicholas. **Uma herança incômoda: genes, raça e história humana**. Tradução Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Três Estrelas, 2016.

ZAMORA, Maria Helena Rodrigues Navas. Desigualdade racial, racismo e seus efeitos. **Fractal, Rev. Psicol.**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 563-578, Dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922012000300009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 08 abr. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1984-02922012000300009>.

ALESSANDRA ABRAHÃO COSTA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO
vs. DISCURSO DE ÓDIO:
UMA QUESTÃO DE (IN)TOLERÂNCIA**

PREFÁCIO DE
CARLOS VICTOR MUZZI FILHO


DIALÉTICA
EDITORA